



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS - PPGCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS
LINHA 1 – FUNDAMENTOS TEÓRICO-FILOSÓFICOS DOS DIREITOS
HUMANOS

DAVI TAVARES VIANA

A REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO:
Neoconstitucionalismo Teórico e Eficácia dos Direitos Fundamentais

João Pessoa-PB

2020

DAVI TAVARES VIANA

**A REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO:
Neconstitucionalismo Teórico e Eficácia dos Direitos Fundamentais**

**Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Ciências
Jurídicas - PPGCJ da Universidade Federal da
Paraíba - UFPB como requisito para obtenção
do título de mestre.**

**Orientador: Dr. Adriano Marteleto Godinho
Coorientador: Dr. Newton de Oliveira Lima**

João Pessoa-PB

2020

V614r Viana, Davi Tavares.

A realização da dignidade humana no Direito Civil: neoconstitucionalismo teórico e eficácia dos direitos fundamentais / Davi Tavares Viana. - João Pessoa, 2020. 339 f.

Orientação: Adriano Marteleto Godinho.

Coorientação: Newton de Oliveira Lima.

Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Dignidade Humana. Direito Civil. Constituição. I. Godinho, Adriano Marteleto. II. Lima, Newton de Oliveira. III. Título.

UFPB/CCJ

DAVI TAVARES VIANA

**A REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO:
Neconstitucionalismo Teórico e Eficácia dos Direitos Fundamentais**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Ciências Jurídicas - PPGCJ da
Universidade Federal da Paraíba - UFPB como requisito
para obtenção do título de mestre.

Área de concentração: Direitos Humanos

Linha de Pesquisa: Linha 1 – fundamentos teórico-
filosóficos dos direitos humanos

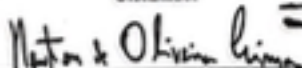
Orientador: Dr. Adriano Marteleto Godinho
Coorientador: Dr. Newton de Oliveira Lima

Data de Aprovação: 24 de março de 2020

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho – UFPB
Orientador



Prof. Dr. Newton de Oliveira Lima – UFPB
Coorientador



Prof. Dr. Rodrigo Toscano de Brito – UFPB
Membro da Banca



Prof. Dr. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha – UFPB
Membro da Banca

Se descrermos de tudo porque não podemos conhecer rigorosamente todas as coisas, deveríamos imitar os que não se utilizam de suas pernas, permanecendo parados e morrendo, porque lhe faltam asas para voar. JONH LOKE

AGRADECIMENTOS

Ao meu Senhor Jesus, o Cristo de Deus, pelo dom da vida e pelo exemplo que se manifesta através da Graça (favor imerecido), do perdão e da misericórdia.

A Ana Carolina Pereira Tavares Viana, minha esposa e fonte de inspiração, que há 21 anos me incentiva a tentar trilhar os melhores caminhos de uma vida pessoal e profissional.

A Esther Pereira Tavares Viana, minha filha linda, que me motivava simplesmente com um sorriso, um abraço e um simples “te amo, papai”.

Aos meus amados e queridos pais, Fernando Antonio Cavalcanti Viana e Ligia Maria Tavares da Silva, pelo carinho e empenho. Em especial, à minha avó Carminha Viana que não só investiu em mim como acreditou que eu poderia fazer algo minimamente relevante.

Aos meus queridos avós, João Viana da Fonseca Filho (*in memoriam*), Carminha Viana, José Alberto Neves Tavares da Silva e Ana Maria Tavares da Silva pelo carinho e pelos momentos maravilhosos juntos.

Ao amigo e conselheiro de todas as horas Sérgio Augusto de Queiroz que há 17 anos me ensina os difíceis caminhos da humildade, da justiça e da excelência.

Ao meu sogro Joás de Brito Pereira Filho, pela base jurídica, pelo raciocínio rápido e pelo ensino de como deve atuar um verdadeiro advogado: com firmeza, intrepidez e ética.

A Reynaldo Soares da Fonseca, meu querido tio, pela inteligência, dedicação aos estudos e, acima de tudo, pelo espírito humilde e fraterno.

Ao meu orientador, Ariano Marteleto Godinho, um ser humano fantástico, pelo ensinamento do Direito Civil humanizado, dogmático e científico e pelos conselhos equilibrados que muito me tranquilizaram.

Ao meu coorientador, Newton de Oliveira Lima, pela paixão filosófica, pelo pensamento sempre crítico, porém respeitoso e coerente, e pelo rigor científico.

Ao professor Bianor Arruda Bezerra Neto pelo auxílio na coordenação de pensamentos complexos no início da minha jornada acadêmica.

Ao professor Enoque Feitosa Sobreira Filho pela defesa apaixonada da filosofia e da ciência do Direito e pela indicação de grandes obras jurídicas, a exemplo daquelas escritas por Michel Villey.

À minha querida tia, Olga Tavares, que me auxiliou prontamente com a correção ortográfica do texto.

“O único direito perfeito é o direito civil”.

Michel Villey

RESUMO

Como realizar na maior medida do possível e dentro das condições fáticas e jurídicas existentes, a dignidade humana no Direito Civil brasileiro? Esta é a pergunta que se pretende responder. A relação entre o Direito Privado e a Constituição é o pano de fundo do trabalho que está dividido em três partes principais. Na primeira, será analisado o espaço constitucional para realização da dignidade humana no Direito Civil mediante a proposta de um neoconstitucionalismo teórico capaz de extrair das racionalidades jusracionalista e positivista uma proposta que tem como fundamento principal o *soft positivism* de Hart. No segundo momento, será procedido o estudo dos fundamentos filosóficos e jurídicos da dignidade humana para, em seguida, proceder-se à delimitação da relação entre o direito Privado e a Constituição através de duas correntes distintas de Direito Civil, representadas por Perlingieri e seus seguidores no Brasil (Tepedino, Bodin, Fachin e Lôbo) e Otavio Luiz Rodrigues Junior seguindo a linha de pensamento de Konrad Hesse e Canaris. Por fim, no terceiro momento, serão testadas as hipóteses da realização da dignidade humana no Direito Civil mediante as duas teorias de eficácia (direta e indireta) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O referido teste terá por finalidade identificar qual teoria se apresenta como a mais adequada para a realização da dignidade humana no Direito Civil brasileiro. Procurar-se-á demonstrar o argumento da hipótese mediante a estrutura do método hipotético-dedutivo, partindo-se da problematização à conclusão através do debate das teorias, dos argumentos favoráveis e contrários e das implicações.

Palavras-chave: Direito civil. Constituição. Dignidade humana. Neoconstitucionalismo. Eficácia dos direitos fundamentais. Relações entre particulares.

ABSTRACT

How can the principle of human dignity in Brazilian Civil Law be implemented to the greatest possible extent and within the existing legal and factual conditions? This is the question to be answered. The relationship between Private Law and the Constitution is the background of the work that is divided into three main parts. In the first, the proposal for a theoretical neoconstitutionalism based on Max Möller's theory will be analyzed. In the second moment, the study of the philosophical and legal foundations of human dignity will be carried out, and then the delimitation of the relationship between Private law and the Constitution will be carried out through two distinct streams of Civil Law, represented by Perlingieri and his followers in Brazil (first school) and Otavio Luiz Rodrigues Junior following the line of thought of Konrad Hesse (second school). Finally, in the third moment, the hypothesis of the realization of human dignity in Civil Law will be tested through the two theories of (direct and indirect) effectiveness of fundamental rights in relations between individuals. We will try to demonstrate the argument of the hypothesis through the structure of the hypothetical-deductive method, starting from the problematization to the conclusion through the debate of the theories, the favorable and opposite arguments and the implications.

Keywords: Civil right. Constitution. Human dignity. Neoconstitutionalism. Effectiveness of fundamental rights. Relations between individuals.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
DJU	Diário de Justiça da União
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
STF	Supremo Tribunal Federal
TCF	Tribunal Constitucional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 UM ESPAÇO CONSTITUCIONAL ADEQUADO	20
2.1 JUSNATURALISMO	21
2.1.1 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.1.2 DEFINIÇÃO	22
2.1.3 FORMAS DE JUSNATURALISMO	23
2.1.4 O JUSRACIONALISMO E O DIREITO NATURAL.....	29
2.1.5 O JUSRACIONALISMO, O DIREITO PRIVADO E AS CODIFICAÇÕES.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.1.6 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.2 O POSITIVISMO JURÍDICO.....	32
2.2.1 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO POSITIVISMO JURÍDICO	33
2.2.1.1 O Direito Natural e o Direito Positivo	33
2.2.1.2 Considerações Introdutórias acerca do Positivismo Jurídico	35
2.2.1.3 A Escola da Exegese na França e o Código de Napoleão (1804).....	36
2.2.1.4 A Escola Histórica do Direito na Alemanha e a Pandectista.....	40
2.2.1.5 O Positivismo Jurídico em Jeremy Bentham (1748-1832)	45
2.2.1.6 O Positivismo Jurídico em John Austin e a Analytical Jurisprudence (1790-1859).....	47
2.2.1.7 O Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) e sua Influência no Direito Civil Brasileiro do Século XX.....	48
2.2.2 A EVOLUÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO	52
2.2.2.1 Alguns Pressupostos Conceituais	Erro! Indicador não definido.
2.2.2.2 O Positivismo Jurídico em Kelsen	54
2.2.2.3 O Positivismo Jurídico em Hart	59
2.2.3 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	63
2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO.....	64
2.3.1 QUESTÕES PRELIMINARES: A ERA DO ESTADO LEGISLATIVO LIBERAL.....	64
2.3.2 O PÓS-GUERRA: DO CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO AO CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO	66
2.3.3 TIPOS DE CONSTITUIÇÃO: CONSTITUIÇÃO-LEI, CONSTITUIÇÃO-FUNDAMENTO E CONSTITUIÇÃO-MOLDURA.....	68
2.3.4 NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E DESAFIOS.....	71
2.3.5 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A TEORIA DO DIREITO: A PROPOSTA DE UM NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO	77
2.3.6 O MORALISMO JURÍDICO	78
2.3.6.1 Moralismo Jurídico Moderado	79
2.3.6.2 Moralismo Jurídico Radical	80
2.3.7 O POSITIVISMO JURÍDICO <i>STRICTO SENSU</i> (INCLUSIVISTA E EXCLUSIVISTA).....	81
2.3.8 PÓS-POSITIVISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO, UM CONFRONTO ENTRE BARROSO E DIMOULIS	83
2.3.9 O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA COMO JUS-POSITIVISMO REFORÇADO DE FERRAJOLI	88
2.3.10 A TEORIA GERAL DO NEOCONSTITUCIONALISMO DE MAX MÖLLER.....	91
2.4 CONCLUSÕES PARCIAIS	93
3 A DIGNIDADE HUMANA E A RELAÇÃO ENTRE DIREITO CIVIL E DIREITO CONSTITUCIONAL.....	95

3.1 A DIGNIDADE HUMANA.....	95
3.1.1 A DIGNIDADE HUMANA NA PERSPECTIVA FILOSÓFICA	95
3.1.1.1 <i>Distinções Terminológicas: dignidade humana, dignidade da pessoa humana, direitos humanos e direitos fundamentais</i>	95
3.1.1.2 <i>O Fundamento da Dignidade Humana e dos Direitos Humanos</i>	99
3.1.2 A DIGNIDADE HUMANA NA PERSPECTIVA JURÍDICA.....	116
3.1.2.1 <i>Conceito, Funções, Dimensões e Concepções da Dignidade Humana na Ordem Constitucional.....</i>	117
3.1.2.2 <i>Dignidade Humana, Princípio Estruturante e Abertura Material do Sistema Constitucional dos Direitos e Garantias Fundamentais.....</i>	122
3.1.2.3 <i>Breves Considerações acerca dos Fundamentos Jurídicos da Dignidade da Pessoa Humana</i>	125
3.1.2.3.1 <i>O princípio da igualdade</i>	127
3.1.2.3.2 <i>O princípio da integridade psicofísica</i>	131
3.1.2.3.3 <i>O princípio da liberdade</i>	132
3.1.2.3.4 <i>O princípio constitucional da fraternidade ou da solidariedade.....</i>	137
3.1.2.3.5 <i>A dignidade humana e o Supremo Tribunal Federal.....</i>	140
3.1.3 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	141
3.2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO CIVIL E DIREITO CONSTITUCIONAL	142
3.2.1 DELIMITANDO O PROBLEMA	142
3.2.2 A PRIMEIRA ESCOLA BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL	144
3.2.2.1 <i>A Primeira Escola e uma Compreensão Metodológica Preliminar sobre a Constitucionalização do Direito Civil</i>	144
3.2.2.2 <i>A Primeira Escola e Breves Considerações sobre a sua Base Doutrinária: Pietro Perlingieri e o Direito Civil Constitucional.....</i>	151
3.2.2.2.1 <i>Breve introdução ao pensamento de Perlingieri.....</i>	151
3.2.2.2.2 <i>Relação entre direito público e privado.....</i>	154
3.2.2.2.3 <i>O papel da Constituição: unidade do sistema jurídico e centralismo constitucional.....</i>	155
3.2.2.2.4 <i>As bases teóricas do Direito Civil Constitucional: a fórmula da releitura</i>	156
3.2.2.3 <i>A Primeira Escola e a Doutrina Brasileira sobre o Direito Civil Constitucional</i>	161
3.2.3 A SEGUNDA ESCOLA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	164
3.2.3.1 <i>Premissas Fundamentais</i>	165
3.2.3.2 <i>O Que Não É Constitucionalização do Direito Civil</i>	170
3.2.3.3 <i>O Que É Constitucionalização do Direito Civil?</i>	176
3.2.3.4 <i>O Papel e a Força Normativa da Constituição</i>	183
3.3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS.....	185

4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS..... 187

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES À TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	188
4.1.1 CONCEITO, FINALIDADE, FUNÇÕES, PARTICULARIDADES E DIMENSÕES	188
4.1.2 FUGINDO DE UMA SINONÍMIA JURÍDICA: VALIDADE, VIGÊNCIA, EFICÁCIA JURÍDICA, EFICÁCIA SOCIAL E APLICABILIDADE DA NORMA JURÍDICA	194
4.1.3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRINCIPAIS CONCEPÇÕES	197
4.1.3.1 <i>O Art. 5º, § 1º da Constituição Federal.....</i>	201
4.1.4 ANOTAÇÕES À TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY.....	203
4.1.4.1 <i>Da Teoria dos Valores à Teoria dos Princípios</i>	203
4.1.4.2 <i>Distinção entre Regras e Princípios.....</i>	204
4.1.4.3 <i>A Dupla Natureza da Dignidade Humana (Regra e Princípio) e Conceitos Absoluto e Relativo de Dignidade.....</i>	209
4.1.5 ALEXY E SEU POSFÁCIO: RESPOSTAS ÀS CRÍTICAS DE HABERMAS E BÖCKENFÖRDE.....	212
4.2 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS	216
4.2.1 A RELAÇÃO ENTRE VINCULAÇÃO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE OS PARTICULARES: A QUESTÃO DA IRRADIAÇÃO.....	217

4.2.2 A DOCTRINA DA VINCULAÇÃO INDIRETA.....	218
4.2.3 A DOCTRINA DA NÃO VINCULAÇÃO	221
4.2.4 A DOCTRINA DA VINCULAÇÃO DIRETA DOS PARTICULARES	222
4.2.5 A VINCULAÇÃO E A RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	224
4.2.6 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	226
4.3 A AUTONOMIA PRIVADA.....	227
4.3.1 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS	228
4.3.2 ENTENDENDO A PROBLEMÁTICA ACERCA DA AUTONOMIA PRIVADA	230
4.3.3 A AUTONOMIA PRIVADA E A PRIMEIRA ESCOLA	231
4.3.4 A AUTONOMIA PRIVADA E A SEGUNDA ESCOLA	235
4.3.5 A AUTONOMIA PRIVADA E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	243
4.3.6 O STATUS CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA PRIVADA	245
4.3.7 A AUTONOMIA PRIVADA E A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA	246
4.3.7.1 Relação Estado/Particular	247
4.3.7.2 Relação Particular/Particular.....	248
4.3.8 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	253
4.4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES	254
4.4.1 O CASO LÜTH-URTEIL	254
4.4.2 A EFICÁCIA DIRETA OU IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PARTICULARES	263
4.4.2.1 Hans Carl Nipperdey e a Eficácia dos Direitos Fundamentais na Alemanha	263
4.4.2.2 Premissas Básicas.....	267
4.4.2.3 A Eficácia Direta ou Imediata na Itália, Portugal e Espanha	267
4.4.2.4 A Eficácia Direta ou Imediata na Doutrina Brasileira	271
4.4.2.5 A Eficácia Direta ou Imediata no Supremo Tribunal Federal	278
4.4.3 A EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PARTICULARES	280
4.4.3.1 Günter Dürig: Aspectos Bibliográficos, Sistema de Valores e Doutrina	280
4.4.3.2 Núcleo da Teoria e Premissas Básicas.....	283
4.4.3.3 As Quatro Matizações Teóricas.....	286
4.4.3.4 Críticas ao Modelo da Eficácia Mediata.....	287
4.4.4 OUTROS MODELOS: DA NÃO EFICÁCIA, DA CONVERGÊNCIA ESTATISTA (SCHWABE), DA TEORIA INTEGRADORA OU DOS TRÊS NÍVEIS (ALEXY) E SUA ADAPTAÇÃO NO BRASIL (VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA) E DA STATE ACTION.....	289
4.4.5 A REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO MEDIANTE A TESE DA EFICÁCIA INDIRETA FRACA	293
4.4.5.1 A Realização e a Interpretação do Art. 5º, § 1º, da CF/88.....	295
4.4.5.2 A Realização e a Abstração dos Direitos Fundamentais	296
4.4.5.3 A Realização mediante a Operacionalização (Filtros) da Irradiação	299
4.4.5.4 A Realização e a Irradiação através das Cláusulas Gerais	307
4.4.5.5 A Realização e a Banalização dos Direitos Fundamentais.....	310
4.4.5.6 A Realização, a Unidade e a Unificação da Ordem Jurídica.....	312
4.4.5.7 A Realização e os Princípios Constitucionais da Presunção de Constitucionalidade e da Interpretação Conforme	313
4.4.5.8 A Realização e o Modelo Fraco de Eficácia Indireta e a Doutrina de Otavio Luiz Rodrigues Junior	315
4.5 CONCLUSÕES PARCIAIS	319
5 CONCLUSÃO.....	321
REFERÊNCIAS.....	326

1 INTRODUÇÃO

Toda linguagem possui em certa medida problemas de sentido (ambiguidade), alcance (vagueza) e conteúdo (porosidade). A ambiguidade mais se aproxima da qualidade da informação, a vagueza da sua quantidade e a porosidade à variabilidade de seu conteúdo com o tempo. Na verdade, estas três características estão “necessariamente presentes em qualquer forma de comunicação humana”, não sendo, portanto, defeitos. Estes, na verdade, seriam as lacunas e inconsistências no discurso¹.

Tais características da linguagem se tornam mais desafiadoras em um ambiente caracterizado pela complexidade e contingência. A complexidade reside no fato de que sempre haverá mais possibilidades do que aquelas que podem ser realizadas, ao passo que a contingência significa a substituição de qualquer das possibilidades por outras não previstas².

Todo esse cenário afeta a linguagem da dignidade humana motivo pelo qual imperiosa a construção jurídica de soluções capazes de conferir minimamente critérios objetivos, concretos, claros e precisos para a sua realização, em especial no direito civil. Isso não significa uma busca obsessiva por clareza, tampouco significa que a almejada objetividade possa ser alcançada plenamente. Para Karl Larenz, “a ciência do Direito desenvolve por si métodos e um pensamento orientado a valores, que permitem complementar valorações previamente dadas”. Entretanto, de acordo com seu magistério, é preciso evitar o pensamento segundo o qual “os resultados obtidos por essa via poderiam alcançar o mesmo grau de segurança e precisão de uma dedução matemática ou de uma medição empreendida de modo rigorosamente exato”³.

Basta lembrar que dentro da classificação das normas jurídicas existe o estudo da “doutrina da generalidade e da abstração”⁴. Essa característica atrai consequências a serem enfrentadas pela teoria da interpretação. Hebert Hart ao abordá-la chama a atenção para a existência da “textura aberta” de algumas normas e princípios jurídicos bem como acerca da “incompletude” do direito para resolução de casos difíceis⁵. Pensamento diverso não se encontra em Clóvis Beviláqua segundo qual o “direito oferece uma extensão maior do que a

¹ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 209-210.

² Op. cit. p. 184.

³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 3.

⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. tradução: Denise Agostinete. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 174-177.

⁵ HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 326.

dos textos” motivo pelo qual a interpretação das leis “deve atender-se, antes de tudo, ao que é razoável, depois às consequências sistemáticas e, por fim, a desenvolvimento histórico da civilização”⁶. Para Lourival Vila Nova, é mediante a abstração que as fórmulas lógicas são alcançadas⁷.

Portanto, aos intérpretes e aplicadores do direito compete a árdua e complexa tarefa de reduzir a generalidade, a abstração, a ambiguidade e a vagueza bem como preencher o conteúdo poroso da dignidade humana notadamente em uma sociedade marcada pela complexidade, contingência, pluralidade de valores e de interesses. Acontece que isso não pode acontecer de qualquer maneira mediante a livre apreciação individual ou através de soluções até mais abstratas do que o próprio conceito filosófico e jurídico de dignidade humana, sob pena de criação de formulações linguísticas mais vazias e suscetíveis de arbitrária manipulação ideológica.

No que tange mais especificamente os direitos fundamentais nas relações entre os particulares (relação particular *vs.* particular), é preciso observar que referidas normas podem ser classificadas mediante um critério que varia entre uma baixa e uma alta densidade normativa. Quanto menor for a densidade normativa de um direito fundamental, maior será o seu grau de abstração, ambiguidade e vagueza. Por outro lado, quanto mais elevada a densidade normativa, menor este grau.

A variação da densidade normativa dos direitos fundamentais no tocante ao Direito Civil, portanto, impõe a adoção de diferentes soluções para a sua realização na dignidade humana. Estas soluções estariam na criação de filtros capazes de calibrar esse preenchimento. Daí a pergunta central deste livro: **como realizar a dignidade humana no Direito Civil brasileiro?**

Não se pretende oferecer uma solução completa, mas, como diria Michel Villey, é preciso “pelo menos um método de acesso à solução de direito”⁸. No final das contas, a variação de densidade normativa exige ou não a criação de mecanismos (filtros) capazes de calibrar a referida densidade para se operacionalizar a adequada realização? Qual o sentido, o alcance, a extensão e as condições para se proceder a irradiação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares?

⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Servanda, 2015, p. 53 e 56.

⁷ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Ed. Noeses, 2010, p. 12.

⁸ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 196.

Após a segunda guerra mundial, os sistemas jurídicos, principalmente os de tradição fundamentados no *civil law*, passaram a adotar um modelo de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos denominado por alguns autores de *neoconstitucionalismo*. Enquanto teoria, o neoconstitucionalismo seria um “conjunto de proposições para qualificação do direito, sempre pautado na força normativa da Constituição e na adoção desta como marco referencial dos ordenamentos jurídicos”⁹.

Nasce a partir desse pensamento uma profunda discussão acerca da “irradiação” dos valores ou dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico, em especial sobre o Direito Civil. Logo, a forma como a dignidade humana se realiza no Direito Civil será respondida mediante o enfrentamento dos seguintes problemas: **(i) o neoconstitucionalismo; (ii) a compreensão da dignidade humana sob a perspectiva filosófica e jurídica; (iii) a forma “como” a irradiação dos direitos fundamentais ocorre na relação entre os particulares.**

O primeiro problema será tratado sob a ótica do *constitucionalismo jurídico* ou *neoconstitucionalismo* enquanto modelo jurídico – oriundo das racionalidades jusnaturalista e positivista – capaz de auxiliar a referida realização. O percurso da primeira parte do trabalho terá como ponto de partida o jusnaturalismo cujas principais discussões giram em torno da supremacia do direito natural sobre o direito positivo e das principais características do direito natural (racionalidade, imutabilidade, universalidade e inalienabilidade) e sua influência sobre as principais “constituições” da época: o Código Napoleônico e o BGB alemão.

O objetivo deste primeiro momento é demonstrar como o movimento do jusnaturalismo e do direito natural inspiram e influenciam – não como teoria do Direito, conforme se verá – a atual concepção dos direitos fundamentais. Como ocorreu a evolução do pensamento jurídico a partir da “batina” até a “toga”. Em que medida o Deus dos cristãos foi substituído pelo Estado; a “vontade de Deus e os princípios bíblicos” foram suplantados por uma ideia de “direitos fundamentais”; a Bíblia em certa medida foi cambiada pela Constituição; e os iluminados clérigos (Papa e padres), que eram capazes de compreender a “vontade” de Deus a partir das sagras Escrituras, cederam lugar aos membros do Poder Judiciário, homens de notável saber e reputação ilibada dotados de competência constitucional para extrair a real e concreta vontade da Constituição¹⁰.

⁹ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 15

¹⁰ Estas inferências não significam uma crítica pejorativa ao Poder Judiciário. De forma alguma, trata-se apenas de uma maneira criativa e didática de apontar a necessidade da criação de filtros metodológicos capazes de permitir

Em seguida, passa-se ao estudo da evolução histórica e doutrinária do positivismo jurídico enquanto teoria do direito com ênfase na doutrina positivista de Hart que, muito embora mantem a distinção entre direito e moral, defende a possibilidade de o sistema aceitar critérios morais e abertos mediante a construção de sentidos jurídicos por intermédio de critérios jurídicos. Através da contribuição da teoria da linguagem e da teoria da argumentação, a moral deixa de ter acesso direto ao direito eis que sofre um corte quantitativo (valores aceitos são os valores reconhecidos pelo sistema jurídico) e qualitativo (os valores não possuem necessariamente o conteúdo filosófico originário).

Neste ponto, é possível afastar a ideia de pós-positivismo como uma teoria que supera o positivismo jurídico em virtude de sua suposta incapacidade de manter a relação estreita entre o direito e a moral.

Por fim, serão abordados o significado, as repercussões jurídicas e as críticas do fenômeno denominado neoconstitucionalismo, aqui compreendido como constitucionalismo jurídico lastreado teoricamente pelo positivismo jurídico brando, assim como será procedido um estudo doutrinário mais detalhado acerca do principal debate que envolve o positivismo jurídico: a relação entre o direito e a moral.

Historicamente, é possível verificar – no contexto ocidental da *Civil Law* – uma tentativa constante de evitar a manipulação do poder representado aqui pelo seu instrumento de controle, a lei. Contra o abuso do Poder Executivo (Monarcas) insurgiu-se o Poder Legislativo com a ideia de vontade popular. Sob o argumento de manipulação desse arbítrio coletivo, especialmente após a Segunda Guerra mundial, apareceu o Poder Judiciário com a ideia de princípios constitucionais como vetores interpretativos da lei. Em suma, segue-se historicamente a trajetória de quem cancelava a “última palavra” da seguinte maneira: o Executivo foi suplantado pelo Legislativo, que foi suplantado pelo Judiciário. Fica evidente que a linguagem aqui utilizada é meramente didática para melhor compreensão do leitor.

Na sequência desse raciocínio, a grande pergunta que se faz é: diante da histórica tentativa de manipulação do poder, como impedir a sua ocorrência sobre a interpretação dos princípios constitucionais? Será que no esforço de se evitar um controle da vontade popular não se está abrindo espaço para um excessivo subjetivismo da vontade judicial? Eis algumas intrigantes perguntas que tangenciam o debate abordado neste livro.

uma adequada irradiação dos direitos fundamentais no Direito Civil sob pena de o sistema jurídico ficar reféns de subjetivismos.

Na segunda parte do trabalho, proceder-se-á à compreensão quantitativa e qualitativa da dignidade humana e dos seus pilares (liberdade, igualdade e fraternidade) tanto no aspecto filosófico quanto no aspecto jurídico. Algumas perguntas tentarão ser respondidas neste tópico, tais como: quais são os fundamentos filosóficos dos direitos humanos no Ocidente? Qual a contribuição de Hobbes, Locke e Kant para a atual compreensão dos direitos humanos? Sob o ponto de vista jurídico, qual a sua finalidade, as suas funções e como a Suprema Corte brasileira tem compreendido a dignidade humana e seus correlatos?

Feito isto, ainda dentro da estrutura da segunda parte do livro, proceder-se-á o estudo acerca da compatibilização entre o Direito Constitucional e o Direito Privado, em especial o Direito Civil. Para Canaris¹¹, essa questão é “uma verdadeira problemática do século”. Referido tensionamento tentará ser apresentado mediante a contraposição de duas correntes de pensamento. A primeira será representada por Perlingieri e seus seguidores no Brasil (os professores Tepedino, Fachin, Bodin e Lôbo) e a segunda será conduzida por Otavio Luiz Rodrigues Junior seguindo a linha de pensamento de Konrad Hesse e Canaris. O que pensa cada uma das correntes acerca da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, bem como acerca da autonomia epistemológica do Direito Civil? O que seria e o que não seria o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil? Qual a associação entre os direitos fundamentais e as normas de Direito Civil? Qual o papel da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro diante destas duas correntes de pensamento? Como compatibilizar normas de Direito Civil e normas de direitos fundamentais?

Por derradeiro, conforme dito acima, na terceira parte da pesquisa será analisado o teste da hipótese de realização da dignidade humana através das duas teorias de eficácia (direta e indireta) dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Qual teoria seria a mais adequada para se proceder à referida realização? Quais as bases teóricas dos direitos fundamentais dão suporte à teoria considerada a mais adaptada? Como se procede a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais? Qual a conexão entre a autonomia privada, o Direito Civil e os direitos fundamentais? Qual das duas teorias seria a mais aclimatada para apontar a intensidade, a extensão, o conteúdo, a forma e o alcance da irradiação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares? Qual das duas teorias seria a mais oportuna para compatibilizar a natureza dispositiva e preceptiva do Direito Civil em relação aos direitos fundamentais?

¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 20.

Como se vê, ao final, a pesquisa testou dois mecanismos fornecidos pela dogmática: a teoria da eficácia direta e a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Qual destas teorias, enquanto mecanismos operacionais (filtros), seria a mais adequada para a realização da dignidade humana no Direito Civil?

Este trabalho segue o método dedutivo e de revisão de bibliografia em línguas portuguesa, espanhola e inglesa. Ademais, muito embora não se tenha tido pretensões historiográficas, valeu-se de informações históricas mediante fontes secundárias de autores especializados. Para se chegar ao teste da hipótese sugerida, pressupostos teóricos favoráveis e contrários foram lançados com o objetivo de fortalece-lo. É preciso registrar que o resultado da pesquisa não pretende oferecer a melhor resposta – ou uma solução completa, porém a mais adequada para a realização da dignidade humana no Direito Civil.

O trabalho parte de premissas teóricas que servem como base e norte interpretativo para a construção de todo o pensamento aqui desenvolvido. A primeira delas é o fato de que a realização da dignidade humana no Direito Civil deve visar em primeiro plano a tutela da personalidade em um sentido amplo, isto é, que leva em conta não apenas os aspectos imateriais, mas também os aspectos materiais, com o objetivo de conferir segurança jurídica para as relações negociais entre particulares. Segurança esta que se manifesta através de um certo grau de certeza e de previsibilidade antecipada das “regras do jogo” nas relações entre particulares.

Importante lembrar que o objeto do Direito Civil reside na “tutela da personalidade humana¹², disciplinando a personalidade jurídica, a família, o patrimônio e sua transmissão”. Conforme Amaral Neto apresenta, sob o ponto de vista objetivo, o Direito Civil disciplina as regras sobre a pessoa, a família e o patrimônio, enquanto que, sob o viés subjetivo, o conteúdo recai sobre as relações jurídicas entre os particulares ou “entre estes e o Estado, quando situados em posição de igualdade e coordenação”¹³.

A segunda premissa reside no fato de que a realização da dignidade humana no Direito Civil significa humanizar esta disciplina, ou seja, apresentá-la como instrumento capaz de servir ao ser humano para a sua dignificação, tanto no aspecto *imaterial* quanto no aspecto *material*, tanto no aspecto dos *direitos* quanto no aspecto dos *deveres*, contudo, sem espaços para

¹² Sobre o tema ver TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. Fundamentos do direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 150.

¹³ Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 97.

ideologias disfarçadas em elaborados discursos que guardam na sua gênese um desejo opressor e intervencionista seja por parte do Estado ou da iniciativa privada.

A terceira premissa se baseia no fato de que a realização da dignidade humana no Direito Civil opera à medida em que esse princípio constitucional (fundamento da República conforme o inciso III do art. 1º da CF/88) se operacionalize no ordenamento jurídico em equilíbrio e harmonia com os demais fundamentos estipulados no art. 1º da Constituição Federal, em especial (em virtude da conexão com o objeto deste trabalho), com os dois valores mencionados no inciso IV do art. 1º da CF/88, a saber, os valores sociais do trabalho e o valor da livre iniciativa.

Em resumo, a dignidade humana realiza-se mediante uma complementaridade entre duas visões constitucionais: a social (valor social do trabalho) e a econômica (valor da livre iniciativa). Os princípios constitucionais devem ser vistos em sua integralidade, isto é, no aspecto global, tanto naqueles que possuem um viés social quanto os que possuem um viés liberal. Não dá para realizar a dignidade humana no Direito Civil através de seletividade principiológica e ideológica manifestada nos desejos ou preferências pessoais do intérprete.

Como se vê, a pesquisa será bibliográfica e realizada através do método dedutivo com uma abordagem eminentemente teórica. Diante do aspecto qualitativo da pesquisa, não é possível verificar sua validade externa em virtude da incapacidade de replicação e generalização dos resultados¹⁴. Por outro lado, no que se refere ao critério de validade interna, tem-se que as perguntas da pesquisa se encontram devidamente formuladas.

O delineamento do estudo é consistente com o seu objetivo e com suas perguntas, na medida em que o objetivo é verificar como a realização da dignidade humana se opera no Direito Civil brasileiro a partir do teste de hipótese das duas teorias supramencionadas (eficácia direta ou indireta), tudo isso tendo como pano de fundo os problemas já apresentados. Em todo o percurso percorrido pela pesquisa, observa-se a construção argumentativa e teórica capaz de fundamentar o “como” proceder à referida realização.

O paradigma da pesquisa é a realização da dignidade humana no Direito Civil brasileiro a partir do teste de duas hipóteses que vem sendo desenvolvidas pela doutrina internacional desde a década de 1950 com atual ajuste operado pela doutrina nacional. Verifica-se, também, que a posição teórica e as expectativas do pesquisador restam devidamente

¹⁴ OLLAIK, Leila Giandoni; ZILLER, Henrique Moraes. Concepções de validade em pesquisas qualitativas. **Educação e Pesquisa**, v. 38, n. 1, p. 229-241, 2012. p. 234.

evidenciadas, na medida em que cada doutrinador descortina os fundamentos filosóficos e jurídicos que dão suporte à dogmática jurídica em discussão.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

Este capítulo enfrentará de maneira não exaustiva a problemática envolvendo o neoconstitucionalismo teórico, termo que não significa, pelo menos nesta obra, uma concepção jurídica que visa acolher o jusnaturalismo como teoria do direito ou suceder o positivismo jurídico através de um “*pós-positivismo*”. Muito pelo contrário. A ideia é extrair da racionalidade jusnaturalista a importância do dogma da supremacia do direito natural sobre o direito positivo e como esse pensamento influencia na relação entre os direitos fundamentais e o direito civil. Outro ponto de destaque diz respeito à adequação contemporânea aos direitos fundamentais das características dos direitos naturais tais como racionalidade, imutabilidade, universalidade e inalienabilidade. O objetivo é demonstrar como a doutrina jusnaturalista inspira com as devidas adequações algumas das principais características dos direitos fundamentais.

Em relação ao positivismo jurídico, o neoconstitucionalismo teórico não visa sucedê-lo, mas acolhe-lo em sua forma branda (*soft*). Daí o não acolhimento neste trabalho do termo “*pós-positivismo*”, como o faz Max Möller¹⁵ em sua obra, eis que seria uma aparente incongruência adotar o positivismo brando como base teórica do neoconstitucionalismo e utilizar um termo que significa a superação desse positivismo. Este capítulo também demonstrará não ser possível reduzir o positivismo jurídico àquele compreendido pelo Estado legislativo que tinha como apoio a lei como única fonte do direito e a subsunção como único

¹⁵ Ao que parece, Möller é positivista em relação à teoria do direito, eis que adota uma postura descritiva em relação à teoria do direito, contudo “*pós-positivista*” no que tange à teoria da interpretação, uma vez que adota uma postura ideológica e propositiva em relação à teoria da interpretação. Diz expressamente o autor: “essa perspectiva ideológica e propositiva, rechaçada na primeira parte desse estudo que tinha como objeto a teoria do direito; nesse momento, apresenta-se fundamental para o trato da teoria da interpretação constitucional, que possui um comprometimento muito maior com a lógica do que propriamente com a descrição de uma prática consolidada. É evidente nesse ponto a importância da prática jurídica, desde que observado que será fundamento da teoria da interpretação analisar e criticar essa prática sempre que esta afaste-se de uma coerência lógica. Ao contrário da definição dos termos jurídicos, na teoria da interpretação a lógica sistêmica supera a autoridade”. MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 224.

método interpretativo. Conforme será demonstrado, houve um profundo amadurecimento dessa teoria.

2.1 JUSNATURALISMO

Os principais debates em torno da doutrina jusnaturalista giram em torno do direito natural, de um sistema de normas de conduta intersubjetivas diverso do direito positivado pelo Estado, da conexão entre o direito e a moral, das concepções concernentes às fontes do direito e da relação entre direito e política. O estudo desta corrente de pensamento jurídico ganha relevo não apenas para uma contraposição ao positivismo jurídico, mas também para que se possa elucidar o neoconstitucionalismo, cujo principal aspecto reside na relação entre “direito e conceitos materiais ligados a conceitos morais – previstos nas constituições na forma de direitos fundamentais”¹⁶.

O paradigma do pensamento jurídico baseado no estudo do “direito como é” (direito real) associa com frequência o jusnaturalismo a uma imagem equivocada de romantismo e utopia baseada no “direito como deve ser” (direito ideal). Dentro da discussão existente entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, Bobbio defende que o jurista deve dar atenção especial ao positivismo jurídico sem esquecer a inegável importância histórica do jusnaturalismo na mudança e no planejamento do direito existente¹⁷.

Farrel (1998)¹⁸, após discorrer sobre *La version dramática* entre positivismo e jusnaturalismo, propõe *La versión desdramatizada*, isto é, em que ambas as correntes precisam ser entendidas de maneira complementar, competindo ao positivismo se preocupar com a identificação do direito e ao jusnaturalismo com o seu conteúdo. Trata-se do antigo debate entre a forma e o conteúdo, o direito e a moral. Este pensamento possui relevância em especial no direito atual em que os direitos fundamentais se tornaram janelas constitucionais de conceitos morais nos ordenamentos jurídicos.

¹⁶ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 51.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016. p. 176. Por sinal, o jusfilósofo italiano autoproclama-se jusnaturalista sob o ponto de vista ideológico, positivista em relação ao método e nem um nem outro em relação à teoria do direito.

¹⁸ FARREL, Martín D. *¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?*

Doxa, Alicante, v. 2, n. 21, p. 121-128, jul.-dez. 1998. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1998-v2-n21-discusion-entre-el-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico>. Acesso em: 10 set. 2018.

Pensamento absolutamente oposto ao de Farrel (1998) é o de Ferrajoli¹⁹, que descarta o modelo “paleopositivista”, através do constitucionalismo garantista como jus-positivismo reforçado. Através desta tese, haveria um reforço do antigo modelo do positivismo jurídico e do Estado de Direito. Quanto ao primeiro, o suplemento estaria na positivação tanto do “ser” (forma) quanto do “dever ser” (conteúdo), através dos direitos fundamentais positivados na Constituição. O apoio ao segundo se daria através da submissão do legislativo ao controle de constitucionalidade.

2.1.1 Definição

O termo jusnaturalismo significa uma corrente de pensamento que distingue o direito positivo do direito natural, sendo este superior àquele. A base do sistema normativo jusnaturalista, portanto, é dualista, ao passo que a do positivismo jurídico é monista, isto é, a única lei válida seria aquela estabelecida pelo Estado independente de seu conteúdo ético²⁰.

Esta superioridade do direito natural sobre o direito positivo não existia na época clássica. Segundo o que Aristóteles prelecionava, o direito natural era compreendido como direito comum (*koinós nómos*) e o direito positivo como direito especial ou particular de cada *civitas*, deste modo, quando havia conflito entre ambos, o segundo prevalecia em face do primeiro diante da regra geral segundo a qual “*lex specialis derogat generali*”²¹.

A ideia de superioridade deu-se a partir da Idade Média quando o direito natural não mais passou a ser visto como direito comum, “mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens”²². A consagração oficial do direito natural foi dada pelo *Decretum Gratiani*, que constitui a primeira parte do *Corpus juris canonici*, segundo o qual o direito natural seria aquele contido na lei mosaica do Velho Testamento e no Evangelho.

A tradição moderna do jusnaturalismo passou a enxergar o direito natural enquanto lei superior (*higherlaw*) limitadora e fonte da criação do Direito. Para esta corrente, não há interesse na identificação do Direito, mas na sua hierarquização e na definição do seu conteúdo.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli/Alexandre Moraes da Rosa ... [et al]; organizadores: Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²⁰ Ver BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.

²¹ Ver BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

²² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 25.

Uma importante característica do direito natural não seria a sua origem divina, natural ou racional, mas o fato de existir uma lei superior que se concentra no conteúdo material do direito positivo²³. Como se vê, o jusnaturalismo, através da superioridade hierárquica, oferece uma ideia de se conferir uma finalidade²⁴ ao direito, condicionando-o através de um reparo ético realizado por uma readequação às normas que lhe são anteriores e superiores.

Não obstante teses surgidas na modernidade em torno do contrato social, do estado de natureza e do direito natural, as ideias centrais que configuram o jusnaturalismo (lei hierarquicamente superior e normas materialmente condicionantes) ganham relevo na discussão jurídica do neoconstitucionalismo que utiliza os direitos fundamentais como *higher law*, assim como o jusnaturalismo utilizava o direito natural²⁵. É preciso registrar, contudo, que, inobstante a sua importância histórica, Möller recusa a aplicação da corrente jusnaturalista ao neoconstitucionalismo, diante da ausência de uma teoria hermenêutica clara de aplicação e identificação das normas metajurídicas do direito natural. A dificuldade de identificar parâmetros de validade dessas normas poderia se converter em uma prática arbitrária²⁶.

2.1.2 Formas de Jusnaturalismo

O jusnaturalismo manifestou-se até o final do século XIX em diferentes fases, e sua classificação fica a depender dos critérios e das abordagens utilizados por diferentes autores. Muñoz²⁷, por exemplo, elenca um rol não taxativo de aproximadamente quatorze formas de jusnaturalismos: neoclássico, reformista, dialético, retórico, intelectualista, teológico, humanista, contrarreformista, utopista, racionalista, iluminista, historicista, empirista, idealista.

²³ Ver MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

²⁴ “[...] se o direito é uma obra construída, não pode ser elaborada em si mesma e no que ela ordena senão em vista de certo fim, frente ao qual o direito desempenha o papel de meio, graças a instrumentos que têm suas propriedades de natureza técnica”. A esse respeito, Cf. DABIN, Jean. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Ícone, 2010. p. 183. E Villey afirma categoricamente que “o direito se define pelo seu fim”. Seu argumento reside no fato de que “a filosofia, dispondo de uma visão panorâmica, está habilitada a traçar os limites entre as diferentes artes, segundo a espécie de *finalidade* a que cada uma delas se propõe. O modelo aqui é Platão, que define a política comparando-a com outras artes, tais como o cuidado com os rebanhos, a cardagem da lã, a pesca com linha”. Cf. VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Martins Fontes, 2003. p. 47.

²⁵ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

²⁶ Conforme o autor pontua: “Por mais similitudes que se possa encontrar entre jusnaturalismo e o neoconstitucionalismo, parecem inconciliáveis quando o assunto seja admitir que as normas constitucionais e os direitos fundamentais possam ter sua validade condicionada por um direito natural metajurídico”. Cf. MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 61.

²⁷ MUÑOZ, Francisco Puy. *Iusnaturalismos. Derecho natural y iusnaturalismos: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho*. Primera edición, julio. Lima: Palestra Editores, 2014. p. 17-29.

João Maurício Adeodato apresenta as seguintes formas de jusnaturalismos: cósmico, teocrático e teológico²⁸.

Bobbio²⁹, por sua vez, sistematiza sua classificação por categorias gerais do direito natural, arguindo, assim, três formas de jusnaturalismo: escolástico, racional moderno e Hobbesiano. O presente trabalho adotará esta divisão devidamente acompanhada pela perspectiva histórica e cultural de Wieacker³⁰.

Na fase denominada de tradicional, escolástica³¹ ou teológica (medieval), o direito natural era visto como uma mescla de primeiros princípios éticos com atributos generalistas orientador do legislador humano que os empregava para elaborar as regras de direito positivo. Assim, o direito natural caracterizar-se-ia por um sistema variado de pouquíssimas normas, cujo destinatário final seriam, principalmente, os legisladores³².

De acordo com Douzinas³³, o maior expoente da escolástica foi, sem dúvida, Tomás de Aquino³⁴, o principal representante do novo naturalismo religioso e o último pensador do *jus naturale*, conforme a tradição aristotélica. Villey³⁵ não classifica a filosofia tomista como cristã, mas de origem “profana”, natural, eis que busca em Aristóteles a base de seu pensamento, sem abandonar os fundamentos do conhecimento teológico. Tomás de Aquino consegue, portanto, ao mesmo tempo, reunir e reconciliar a tradição cristã e a filosofia clássica, integrando

²⁸ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 85-97.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.

³⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

³¹ A Escolástica é dividida em três momentos: primeira escolástica, alta escolástica e escolástica posterior. Seu germen está no nascimento do império de Carlos Magno sagrado no ano 800 pelo Papa Leão III. Inspirado na filosofia Patrística de Santo Agostinho (o mestre do Ocidente), Carlos Magno fundou um novo império em substituição ao antigo Império Romano do Ocidente, onde Igreja e Estado deveriam ser uma só e única sociedade. A teocracia espiritual de Agostinho havia se tornado uma teocracia política terrena. Carlos Magno fomentou a escola palatina, cujos professores eram considerados os homens mais sábios e famosos do mundo (Pedro de Pisa, diácono Paulo de Aquileia, discípulo de Vinfrodo, o bávaro Leidrado e o godo Teodulfo). Santo Anselmo de Cantuária (1033) é considerado o pai da Escolástica na primeira fase; entretanto, seus maiores expoentes foram Santo Tomás de Aquino (doctorcommunis), Duns Escoto e Eckhart na alta escolástica e Guilherme Ockham da escolástica posterior. Este período teve famosas escolas, a exemplo da Escola de Chartres, Escola de Oxford, escola franciscana de Paris. Cf. BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. **História da filosofia cristã**: desde as origens até Nicolau de Cusa; tradução e nota introdutória de Raimundo vier. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

³² BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.

³³ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

³⁴ “Para o grande público universitário São Tomás permanece o símbolo do ‘obscurantismo medieval’, do clericalismo e do dogmatismo, de um modo de pensar superado pela ciência moderna. Basta lê-lo para que se mude de ideia, mas, como se sabe, nossas atividades científicas não nos permitem este ócio. Os juristas só teriam a ganhar libertando-se deste preconceito. Veremos mais adiante que a doutrina de São Tomás sobre as fontes do direito desempenhou na história do direito da Europa um papel difícil de superestimar”. Cf. VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Martins Fontes, 2003. p. 114.

³⁵ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

as duas culturas³⁶. São Tomás “é uma síntese do Evangelho e da filosofia profana”³⁷. A principal característica de sua obra foi a de “reabilitar a razão num meio obcecado com as consequências do pecado de Adão e desdenhoso de nossas faculdades naturais”. Ele teve a “audácia de restaurar abertamente autoridade dos filósofos e dos sábios do mundo pagão, principalmente a de Aristóteles, e de afirmar sua confiança na dialética ‘profana’”, muito embora, como dito, isso não tenha significado o “retorno puro e simples às posições dos filósofos da Antiguidade, como se o cristianismo tivesse sido riscado do mapa”³⁸.

Foi através do aparecimento de um sistema filosófico na alta-escolástica que o direito natural se converteu em uma legítima metafísica do direito. Esta circunstância fez com que o direito natural escolástico tivesse como característica principal a subordinação do direito natural humano ao *ius divinum*, revelado e fundamentado na seguinte tricotomia: *ius positivum* (direito romano), *ius naturale humanum* (ideias jurídicas helenísticas) e *ius divinum voluntarium* (escrituras reveladas)³⁹.

A segunda forma de jusnaturalismo seria a racionalista moderna, também denominada de jusracionalista⁴⁰. esta fase, o direito natural abastecia a matéria a ser regulamentada pelo direito positivo que seria expressado pelas instituições e pelas organizações de um poder coativo. Desse modo, a distinção entre direito positivo e natural não estava no conteúdo, mas nos diferentes procedimentos utilizados para fazê-lo valer. Diferentemente do primeiro aspecto, aqui o direito natural tinha por destinatários o legislador e os indivíduos⁴¹.

Do ponto de vista histórico, um momento importante para o Direito certamente foi o denominado jusracionalismo, período compreendido entre os séculos XVII e XIX e marcado pelas concepções absolutistas e liberais. Ele representa o início da modernidade para o direito e da sua desvinculação das ligações com o Sagrado e com as divindades jurídicas, muito embora carregue toda uma herança do jusnaturalismo da antiguidade e do agostiniano-tomista⁴².

³⁶ FINNIS, Jonh. **Direito Natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Tradução de Leandro Cordioli. Porto Alegre: Fabris Ed., 2007.

³⁷ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 127.

³⁸ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 181.

³⁹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

⁴⁰ “O jusracionalismo europeu constituiu, na verdade, uma revolução cultural, mas traçada passo-a-passo por uma tradição coesa que, através das teorias sociais da idade média, remonta à filosofia greco-helenístico-romana”. Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 290.

⁴¹ BOBBIO, Noberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.

⁴² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

Para Wieacker, o jusracionalismo é “a força mais poderosa no desenvolvimento moderno do Direito depois do *Corpus Iuris*”⁴³, e sua principal influência na seara jurídica residuiu: (i) nos novos traços metodológico-sistemáticos fundamentados na argumentação e na demonstração lógica, em contrapartida à ciência da exegese e dos comentários dos textos isolados por parte da jurisprudência europeia; (ii) na emancipação da ética social em relação à teologia moral; (iii) na libertação da política do direito em relação ao direito romano; (iv) na construção e progressão conceitual de casos gerais para os particulares, mediante a construção de teorias gerais; (v) na utilização da antropologia moral para fundamentar a possibilidade lógica da obrigação contratual, da validade do direito e do dever de prestação.

Uma profunda mudança paradigmática apresentava-se através do jusracionalismo sobre a ética social que passaria a sofrer influência metodológica das consideradas novas ciências da natureza. Através da observação do homem em seu contexto social (empirismo), deveriam ser extraídas as leis naturais da sociedade⁴⁴.

Franz Wieacker esclarece bem essa transformação ao alegar que o jusracionalismo se baseia em numa nova antropologia na qual o homem é simplesmente um ser natural e não mais é uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus. Logo, a humanidade deixa de fazer parte de um plano divino de salvação e se torna elemento de um mundo apreensível por meio de leis naturais. “A pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas”⁴⁵

Como se vê, trata-se de um período em que a teoria do direito tinha que ser comprovada através da exatidão matemática de suas premissas: o conceito geral e abstrato passa a ter dignidade metodológica. Verifica-se a ininterrupta progressão de conceitos gerais até os particulares. Se, por um lado, o *Corpus Iuris* auxiliou os juristas europeus no que se refere aos problemas no caso jurídico, por outro, o jusracionalismo passou a ordenar que toda a atividade

⁴³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 397.

⁴⁴ “A convicção de que a sociedade humana era governada por leis foi fundamentada pelos sofistas (Gorgias, Calides, Trasímaco) de uma forma Naturalista ou (Protágoras, Lícofron) relativista; deste modo, eles converteram-se nos autênticos descobridores do direito natural como o problema. [...] Descobriu assim a ideia de um direito mundial universal e válido para todos os homens”. Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 291.

⁴⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 288.

social deveria ser conduzida e aprendida pela razão⁴⁶. Na perspectiva de Comparato⁴⁷, Hobbes foi o “primeiro grande pensador a aplicar, na análise das relações sociais, a concepção mecânica, inaugurada por Francis Bacon e René Descartes”.

Para Douzinas⁴⁸, a partir dos filósofos da modernidade, a natureza deixa de ser o padrão de crítica transcendente e passa a representar uma “tentativa de desvendar os elementos comuns da humanidade” e, como diz Kelly⁴⁹, “a divindade ou o criador dificilmente são mais que um acessório decoroso para uma apresentação essencialmente racionalista”.

O contexto do jusracionalismo é marcado pela acumulação de riqueza, pelo progresso das ciências exatas, pela economia de mercado e pela quebra da ordem feudal marcada por autoritarismo, por privilégios e pela hierarquia divina, natural e social. Nesse período, os métodos das ciências naturais estenderam-se para as ciências sociais para a compreensão das leis naturais que vigoravam na sociedade, ou seja, o foco residia no estudo das leis naturais da sociedade, o que demonstra a inexistência do rompimento de um conhecimento livre de pressupostos acerca das leis morais da sociedade.

É importante lembrar que as ideias jusracionalistas foram se desenvolvendo paulatinamente na história entre os séculos XVII e XIX em diversos lugares da Europa. Wieacker⁵⁰, por exemplo, divide este período em gerações: a primeira, formada pelos fundadores do moderno direito natural, teólogos morais, calvinistas políticos e cultores do direito das gentes espanhóis, além de submissos ao costume escolástico e teológico, Althusius e Grotius⁵¹. Nesta primeira geração, houve a redução lógica da ética social a meros axiomas, de modo que as leis lógicas criadas por Deus para governar o mundo deveriam ser identificadas nas leis naturais para aplicação social.

A segunda geração foi comandada por Hobbes, Espinosa, Leibnz e Pufendorf. Suas principais características foram a sistematização dos conceitos jurídicos, o empirismo, a racionalização matemática e a emancipação metodológica da ética social. Hobbes, Espinosa e Pufendorf elaboraram as bases metodológicas de um sistema jusracionalista autônomo que combateu a dependência metodológica da ética social profana em relação à teologia moral.

⁴⁶ “No direito privado, finalmente, o jusracionalismo ergue-se contra as realidades do direito positivo que ele não considera em consonância com a razão jurídica geral”. Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 309.

⁴⁷ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 194.

⁴⁸ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 78.

⁴⁹ KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 341.

⁵⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

⁵¹ Huigh de Groot, considerado o fundador moderno do jusnaturalismo e do novo direito natural e das gentes.

Pufendorf tentou utilizar a racionalização e matematização, tornada com ela possível para a tentativa de criar um sistema jusnaturalista geral, enquanto que, ao mesmo tempo, completava a emancipação em relação à teologia moral da ortodoxia luterana. Com isso, libertava-se finalmente o espaço para um sistema jusracionalista, no qual os princípios do direito natural aparecessem como leis naturais da sociedade⁵².

Já a terceira geração jusracionalista teve como expoentes Thomasius e Wolf. O primeiro, ainda atrelado às exigências do direito natural, pôs em confronto a moralidade (deveres morais) e a positividade (deveres coativos provenientes do direito).

A maior parte dos pensadores jusracionalistas era de cristãos que acreditavam na revelação (Althusius, Grotius e Leibniz). Outros eram adeptos das religiões naturais (Pufendorf, Thomasius e Wolf), do panteísmo (Espinosa) e do ateísmo (Hobbes). Entretanto, todos tinham como objetivo a desconfessionalização, ou seja, a emancipação metodológica em relação à teologia moral em favor de uma ética social autônoma⁵³.

Por fim, a terceira forma jusnaturalista, de acordo com Bobbio⁵⁴, seria Hobbesiana⁵⁵, na qual o ordenamento jurídico positivo tinha seu conteúdo totalmente regulamentado pelo soberano, muito embora seu fundamento de legitimidade residisse no direito natural. A lei natural tinha como destinatários apenas os súditos e teria por função única colocar o sistema em movimento para, em seguida, ele funcionar por si mesmo.

Na prática, Hobbes dissolve “o contrato social no pacto de submissão, pelo qual a sociedade abandona imediatamente os seus direitos naturais a favor do soberano, de tal modo que, como resultado, só restam um estado de natureza desprovido de direito e um direito positivo absoluto”⁵⁶. Esta última forma de jusnaturalismo na linha da história seria a passagem para o positivismo jurídico.

A doutrina hobbesiana nasceu da sua defesa na Inglaterra do *statute law* (direito estatutário ou legislativo) contra o *common law* (direito comum ou consuetudinário) de Edward Coke. Hobbes analisa a transição do estado de natureza para o estado civil. Naquele, as regras não eram obrigatórias e o respeito decorria exclusivamente da consciência. Deste modo, o

⁵² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 304.

⁵³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016, p. 159.

⁵⁵ Convém advertir que não se deva confundir a terceira fase jusnaturalista com a segunda geração jusracionalista.

⁵⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 302.

respeito às leis naturais estaria sempre condicionado à obediência do outro a estas leis, gerando com isso um elevado estado de insegurança⁵⁷.

No estado de natureza, a eficácia da lei natural estaria fadada ao fracasso, uma vez que não existiria a certeza de que ela seria respeitada e obedecida. O estado de natureza, portanto, passa a ser um estado de anarquia permanente que exige da sociedade a criação de um Estado que concentrasse, enquanto instituição única, toda a força. Deste modo, seria preciso criar um Estado, atribuindo assim força a uma só instituição, o soberano, cuja força seria indiscutivelmente irresistível.

O fato é que a monopolização do poder coercitivo também atraiu a monopolização do poder normativo por parte do Estado, e o direito natural perde o seu valor na medida em que o único direito que passa a valer é o civil ou do Estado.

Com base nesses argumentos, Hobbes nega legitimidade da *common law* e declara: “não é sapiência [dos juízes] mas sim a autoridade que cria a lei”⁵⁸. Para o filósofo inglês, apenas aquele atribuído pelo poder legislativo poderia fazer leis, sendo o direito aquilo que “aquele ou aqueles que detém o poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando em público e em claras palavras que coisas eles podem fazer e quais não podem”⁵⁹.

Como se vê, é a partir de Hobbes que nasce uma das principais características do positivismo jurídico: a ideia do formalismo jurídico que não se preocupa nem com o conteúdo nem com a finalidade do Direito. No final das contas, a definição do direito dá-se apenas com base na autoridade que põe as normas e com base no imperativismo (o Direito torna-se um comando).

2.1.3 O Jusracionalismo e o Direito Natural

O jusnaturalismo está diretamente ligado ao Direito Natural e compreender este termo não é tarefa das mais fáceis. O grande desafio estaria na conceituação do termo “natureza”, um dos termos mais ambíguos da história da filosofia. Erik Wolf, em sua obra *Das problem der naturrechtslehre: versuch einer orienttierung*, publicada em 1959, enumerou nove significados de “natureza”⁶⁰.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 32

⁵⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 36.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 36.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016, p. 2013.

Michel Villey⁶¹ aduz ser consenso o fato de que o conceito de Direito Natural é originário da Grécia mediante expressão inicialmente utilizada pelos sofistas. Sua origem encontra-se, portanto, em Platão (diálogo da Leis), e seu desenvolvimento e amadurecimento em Aristóteles (Ética a Nicômaco, livro V). A grande contribuição do período grego para a compreensão do direito natural foi a de mostrar a correlação entre o direito com as forças e as leis da natureza⁶².

Grotius afirmava que o direito natural “consiste em certos princípios da reta razão que nos fazem saber que uma ação é moralmente honesta ou desonesta segundo a conveniência ou a inconveniência necessária que possui com uma natureza racional e social”⁶³. Este Direito natural seria auxiliado pela lei civil, nos termos de Santo Tomás, “para constranger por força e por temor aos homens perversos entregues ao vício a absterem-se do mal, de maneira que, pelo menos, ao deixar de praticar o mal permitam aos outros uma vida pacífica”⁶⁴.

Para Wieacker⁶⁵, o direito natural apresenta-se na história como uma tradição cultural que se conserva desde o princípio da filosofia helenística até a atualidade. Seu foco concentrou-se na busca por “leis imutáveis e válidas em geral da vida em comum dos homens, sobretudo dos direitos e deveres dos indivíduos na sociedade”. Castilho⁶⁶ ensina que o direito natural seriam as regras universais oriundas da própria natureza e com íntima ligação com o conceito de justiça. Tal ordenamento natural detinha todos os incontestes valores e princípios ínsitos à natureza humana.

Com a secularização do pensamento científico a partir do século XVI, o Direito Natural surge como resistência e reação racionalista à base teocêntrica do Direito no período medieval. Os direitos naturais deixam de ter origem divina (infalível e inquestionável) e passam a ser fruto da razão humana independente da fé ou de um Deus produtor e justificador existencial das normas jurídicas. Esse fenômeno não é mais do que a passagem do teocentrismo para o antropocentrismo. A natureza não mais seria a fonte do conhecimento, mas sim a razão que identifica racionalmente a realidade e o põe em prática na sociedade. É de suma importância registrar que esta mudança paradigmática de pensamento preparou as bases intelectuais da

⁶¹ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Martins Fontes, 2003.

⁶² BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

⁶³ Cf. DABIN, Jean. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Ícone, 2010. p. 283.

⁶⁴ Cf. DABIN, Jean. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Ícone, 2010. p. 285.

⁶⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 280.

⁶⁶ CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Revolução Francesa (1789), cujo ápice simbólico foram as declarações positivadas, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁶⁷.

Conforme visto, o jusracionalismo confere à razão o critério último de validade e de conhecimento do direito natural que não mais fica submetido à vontade divina, mas ao discernimento racional, característica comum e universal de todos os seres humanos. Essa transição racional gera, como consequência, a subjetivação dos direitos que não mais possuem a proteção “natural” da sua objetividade de origem divina. Daí surge a ideia de universalização dos direitos a serem protegidos pelas instituições, ou seja, resta claro o pensamento segundo o qual toda associação política (estatal ou não) teria como objetivo o de conservar os direitos naturais pertencentes ao sujeito ético, autônomo, livre e racional⁶⁸.

Para Peces-Barba, é possível conceituar os direitos naturais da seguinte maneira:

[...] são direitos dos seres humanos no estado de natureza e, consequentemente, prévios ao Estado e ao Direito positivo. São produto da razão e podem ser descobertos a partir da natureza humana. Possuem caráter abstrato, afetam o ser humano genérico e ao cidadão, e partem da superioridade do Direito natural sobre o positivo. Ao serem deduzidos de um sistema jurídico, natural, prévio e aí superior ao positivo, são universais, inalienáveis e imprescritíveis, pelo que a evolução da sociedade na história não é levada em conta em sua configuração⁶⁹.

A inalienabilidade dos direitos naturais residiria em dois aspectos principais: na impossibilidade de o Estado apropriar-se ou controlar o conteúdo dos direitos naturais e na sua superioridade formal sobre o sistema positivo. A universalidade seria a capacidade de aplicação dos direitos naturais a todos os seres humanos independentemente do contexto histórico, cultural ou político e, por fim, a imutabilidade estaria vinculada exatamente aos valores essenciais imutáveis da natureza humana. Neste ponto, é importante registrar que Aristóteles considerava a imutabilidade apenas no espaço, mas não no tempo⁷⁰.

Por derradeiro, João Maurício Adeodato⁷¹ aponta as seguintes características do direito natural: (i) ele seria o critério de avaliação ética do direito positivo que tem um fundamento de legitimidade externo e superior no direito natural; (ii) ele seria o “elemento limitador do poder,

⁶⁷ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

⁶⁸ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁶⁹ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 63.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

⁷¹ Op. cit. p. 83-85.

pois os governantes são guardiães e não criadores do direito positivo”. Ressalta-se aqui a função reguladora que a superioridade do direito natural deve impor ao direito positivo; (iii) teria ele um “conteúdo ético definido” pressupondo uma “distinção entre o bom e o mau, o justo e o injusto”; (iv) a imutabilidade e universalidade. Esta última característica não seria comum entre todos os jusnaturalistas.

Encerra-se neste momento o pensamento estrutural acerca do Jusnaturalismo através da fundamentação da sua definição, formas de manifestação e relacionamento com o direito natural, passa-se à exposição do segundo bloco caracterizado pela influência desta corrente de pensamento jurídico sobre o direito privado e as codificações.

2.2 O POSITIVISMO JURÍDICO

A partir do século XIX, o positivismo jurídico passou a ser um método de compreensão do direito de acordo com os fundamentos do positivismo filosófico cujas características eram a de que o conhecimento deveria estar vinculado à experiência sensível devidamente validada pela lógica e pela matemática. Nesta tônica, a ciência do direito deveria se debruçar sobre o direito posto ou imposto (*jus positum*) por quem detinha autoridade política e o monopólio do uso da coação.

De acordo com Wieacker, “o conceito de direito positivo, positivismo, provém (tal como a tradução medieval alemã *Recht setzen* e talvez *Gesetz*) de *legem ponere*; *ius positum* é o direito legal, *ius positivum* a ordem jurídica baseada na ‘postura’”⁷².

Para Dimoulis⁷³, o positivismo jurídico preocupa-se com o estudo do direito posto e imposto. O referido autor lembra que o termo alemão *Gesetz* (lei) decorre do verbo *setzen* (pôr, assentar, sentar). Em específico, ele conceitua o positivismo jurídico como “uma teoria explicativa do fenômeno jurídico, isto é, uma das possíveis, historicamente presentes e atualmente defendidas teorias do direito”.

Bobbio⁷⁴, por sua vez, define o positivismo como “a corrente doutrinária que entende o termo direito positivo de maneira bem específica, como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como lei”.

⁷² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 493.

⁷³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 23.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 119.

Em relação ao direito positivo, Austin caracteriza-o como “conjunto (“*aggregate*”) das leis (“*laws*”), ou regras (“*rules*”), postas pelos homens que são superiores políticos (“*political superiors*”) numa nação, ou sociedade política independente”⁷⁵.

Kelsen⁷⁶, no prefácio à obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, aduz que ele “é sempre o Direito de uma comunidade definida: o Direito dos Estados Unidos, o Direito da França, o Direito mexicano, o Direito internacional”.

O positivismo jurídico será estudado neste tópico em duas partes principais e contará com auxílio teórico de Kelsen, Hart, Bobbio, Dimoulis e Chiassoni. Na primeira, será apresentado o tema sob o aspecto histórico mediante estudo das escolas de direito francesa (exegese) e alemã (histórica), da apresentação de suas principais características presentes em Bentham e Austin, com arremate no breve comentário do BGB. Já no segundo momento, haverá a análise do positivismo jurídico e de sua evolução conforme seus dois maiores representantes: Kelsen e Hart.

2.2.1 Fundamentos Históricos do Positivismo Jurídico

Neste tópico, serão apresentados aspectos históricos do Positivismo Jurídico envolvendo o direito natural e o direito positivo, considerações introdutórias acerca do positivismo jurídico, a Escola da Exegese na França e o Código de Napoleão, a Escola Histórica do Direito na Alemanha e a Pandectista, o Positivismo jurídico em Jeremy Bentham, em John Austin e a *Analytical Jurisprudence*, e a influência do Código Civil alemão no Direito Civil brasileiro.

2.2.1.1 O Direito Natural e o Direito Positivo

O positivismo jurídico, expressão que não deve ser confundida com positivismo filosófico surgido na França, teve início no começo do século XIX na Alemanha e sua relação está diretamente ligada com o termo direito positivo em contraposição à expressão direito natural.

⁷⁵ CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito:** de Bentham a Kelsen. Tradução de Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 191.

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado (1945)**. Tradução de Luís Carlos Borges. 1. ed. Brasília: Martins Fontes, 1998. p. 1.

A distinção entre direito natural e direito positivo existe, de fato, desde Platão e Aristóteles. Para aquele, o termo positivo faz referência à justiça natural decorrente das leis naturais que regem o cosmos e não às leis que regem a vida social. Já para este último, o direito positivo (direito legal ou *nomikón díkaion* ou *jus*) ora significa justiça ora significa direito, sendo ele distinto do direito natural chamado “*physikón*”. De acordo com a doutrina aristotélica, o direito natural teria a mesma eficácia em toda parte, enquanto que o direito positivo teria sua eficácia apenas nas comunidades em que era posto⁷⁷.

No direito romano, o direito positivo era aquele próprio das cidades, também denominado de direito civil (*jus civile*) em contraposição ao direito estabelecido pela razão natural (*jus gentium*) de origem divina e que deveria ser guardado por todos os povos. Estas duas instituições distinguiram-se, outrossim, do *jus naturale*, ou seja, ensinamentos da natureza que ensinavam a todos os animais. Paulo no Digesto atribui ao direito natural a sua característica de universalidade e imutabilidade, enquanto que o Direito Civil seria particular no tempo e no espaço. Além do mais, o direito natural estabeleceria aquilo que era bom (critério moral) e o Direito Civil aquilo que seria útil (critério econômico ou utilitário).

No período medieval, o termo *jus positivum* foi utilizado primeiramente pelo filósofo Abelardo no final do século IX, significando o direito posto pelos homens em contraposição do direito natural que seria posto pela natureza ou por Deus⁷⁸. São Tomás, por sua vez, tipifica quatro tipos de leis: *lex divina*, *lex aeterna*, *lex naturalis* e *lex humana*. Ao abordar esta última e reinterpretar o maior expoente da escolástica à luz do juspositivismo analítico, Finnis⁷⁹ aponta que a teoria política de Tomás de Aquino é rica nas considerações a respeito da lei pelos seguintes motivos: (i) a lei seria um apelo à razão daqueles a quem conduz; (ii) tem como finalidade o bem comum; (iii) é feita (*positum*, estabelecida) pela autoridade responsável; (iv) necessita ser coercitiva (*vis coactiva*) e diretiva (*vis diretiva*). Para Tomás de Aquino, a lei humana deriva da lei natural por obra do legislador que a põe e a faz valer⁸⁰.

Em relação ao período jusracional, vale mencionar trecho do *Commentario alle Pandette* de 1888 de autoria de Glück⁸¹, segundo o qual o direito natural seria o conjunto das leis que racionalmente se fizeram conhecer tanto pela natureza como pelas coisas que a natureza

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 16.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

⁷⁹ FINNIS, Jonh. **Direito Natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Tradução de Leandro Cordioli. Porto Alegre: Fabris Ed., 2007. p. 71.

⁸⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

⁸¹ Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006 p. 21.

humana exige como condição e meios de consecução dos seus próprios objetivos. Já o direito positivo seria o conjunto de leis fundadas na vontade do legislador.

Em resumo, o direito natural no período jusracionalista seria universal, imutável, teria sua fonte em Deus (autor da natureza), seria demonstrado *a priori*; regularia os comportamentos bons ou maus por si mesmos; estabeleceria o que é bom. Em contrapartida, o direito positivo seria caracterizado pela particularidade, mutabilidade, de fonte Estatal⁸², conhecido pela declaração alheia de vontade e estabelecedor daquilo que é útil.

2.2.1.2 Considerações Introdutórias acerca do Positivismo Jurídico

O positivismo jurídico surge com a formação do Estado Moderno na qualidade de sucessor da antiga sociedade medieval cujo ordenamento jurídico decorria da própria sociedade civil. Nesta transição, os termos “direito positivo” e “direito natural” passaram a não mais ser considerados Direito no mesmo sentido, haja vista que o primeiro passou a ser considerado como Direito em sentido próprio.

É interessante o caminho pelo qual percorreu o Direito desde a laboração dos jurisprudentes romanos até o Estado Moderno. Todo aquele complexo de normas foi reunido por iniciativa de Justiniano no *Corpus Juris Civilis*. Deste modo, o direito perdeu o caráter de origem social e assumiu a validade da vontade do Príncipe. Na Alta idade média, o direito romano acabou sendo substituído pelos costumes locais das populações germânicas (bárbaras), contudo ressurgiu na escola jurídica de Bolonha, difundindo-se nos territórios que no passado faziam parte do Império Romano, em especial na sociedade alemã. Os tribunais germânicos aplicavam o direito do *corpus iuris* até o final do século XIX.

Com a independência das *civitates* (comunas ou reinos), o Direito passou a ser criado pelos reinos independentes. Nasce então o conflito entre o *jus commune* (decorrente do direito romano – *jus gentium*, uma espécie de direito natural universal) e o *jus proprium* (direito específico de cada localidade e subordinado ao *jus commune* – direito feudal, direito das corporações, direito das comunas ou *civitates*, direito dos reinos) que teve o fim nas codificações no final do século XVIII, época em que começa propriamente a história do positivismo jurídico.

⁸² Estado compreendido por Grócio como uma “associação perpétua de homens livres, reunidos em conjunto com o fito de gozar os próprios direitos e buscar a utilidade comum”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006 p. 21.

As principais influências para a formação da doutrina do positivismo jurídico estariam em Hobbes, Montesquieu e Beccaria⁸³. Tudo começa através do debate na Inglaterra entre Hobbes (fundador da primeira teoria do Estado Moderno e defensor do *statute law*) e Coke (defensor do *common law*). Conforme visto com mais profundidade no item anterior deste trabalho, é desta discussão que surge a moderna concepção do formalismo (ausência de menção ao conteúdo e à finalidade do Direito) e do imperativismo jurídico (Direito como comando).

A contribuição de Montesquieu residiu na ideia liberal de estatização do direito e da garantia da sua segurança através da separação dos poderes, de modo que os juízes apenas deveriam repetir exatamente o conteúdo da lei ordenado pelo parlamento que, por sua vez, não poderia ser comandado pelo príncipe, evitando-se, assim, uma possível arbitrariedade do legislativo. Beccaria reforça a ideia de um legislador não arbitrário fundado na sociedade e feito para a sociedade. Outra importante contribuição do aristocrata milanês, representante maior do iluminismo penal e da Escola Clássica do Direito Penal, foi a exposição da teoria do silogismo em que o juiz tinha como função apenas explicitar aquilo que estava implícito na premissa maior⁸⁴.

É preciso registrar que Hobbes, muito embora seja apontado como o precursor do juspositivismo, é considerado um jusnaturalista em face do positivismo jurídico estrito senso notadamente no que se refere à função sub-rogatória do direito natural nos casos de lacuna da lei. Hobbes compreendia a impossibilidade de previsão legal para todas as controvérsias, motivo pelo qual seria necessário seguir a lei da equidade natural.

2.2.1.3 A Escola da Exegese na França e o Código de Napoleão (1804)

Conforme já explicitado, o Código de Napoleão entrou em vigor na França em 1804 com o nome de *Code Civil des Français*. Somente em 1807 recebeu o nome de *Code Napoléon*. A codificação surgiu por obra do pensamento iluminista na segunda metade do século XVIII e teve profunda influência de dois movimentos: o de Justiniano e o de Napoleão.

A concepção iluminista baseava-se na coragem intelectual e tinha como objetivo não se deixar prender pelas formas tradicionais do saber e enfrentar com a própria razão todos os problemas. O código nasce com a ideia de realizar um Direito simples e unitário diante da

⁸³ Ver BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 41.

multiplicidade de direitos territorialmente limitados pelos *droit coutumier* – direito consuetudinário – e *droit écrit* – direito comum romano.

Como é sabido, o iluminismo tem como fundamento filosófico a ideia central segundo a qual o homem é naturalmente bom, porém é corrompido pela civilização e seus costumes, consoante se extrai da obra-prima do genebrino Jean Jacques Rousseau intitulada Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens, no original *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*.

Deste modo, o Direito histórico formado por uma intrincada rede de normas complicadas e arbitrárias caracterizado por um Direito fenomênico deveria ser substituído pelo verdadeiro Direito fundado na natureza simples e unitária, governado por leis universais, imutáveis e acessíveis a todos, capaz de conferir ao Judiciário apenas uma análise de fato, visto que o direito se tornaria muito claro e sem qualquer dificuldade interpretativa conforme ensinava Siéyès⁸⁵.

O fato é que, na verdade, o Código Civil Napoleônico distanciou-se da inspiração originária iluminista e jusnaturalista para reaproximar-se da tradição jurídica francesa do direito romano comum. Basta dizer que os três projetos de Código Civil de inspiração jusnaturalista elaborados por Cambacères foram negados em menos de quatro anos. Eles se baseavam em três princípios fundamentais: reaproximação da natureza, unidade e simplicidade. O movimento tradicional não permitiu as sugestões apresentadas, a exemplo do projeto de lei de 1793, que visava equiparar os filhos naturais aos legítimos. A concepção iluminista revolucionária da família tinha como fundamento três princípios: a igualdade dos cônjuges, a possibilidade de dissolução do matrimônio através do divórcio e a comunidade patrimonial entre os próprios cônjuges⁸⁶.

Os projetos revolucionários do iluminista Cambacères foram substituídos pelos projetos elaborados pelo liberal e moderado Portalis que se fundamentou no Tratado de Direito Civil de Pothier, considerado o maior jurista francês do século XVIII. Uma das significativas contribuições para a compreensão do positivismo jurídico através do Código Napoleônico encontra-se no seu artigo quarto, segundo o qual “o juiz que se recusar julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de Justiça denegada”. O juiz não poderia mais se abster de decidir (juízo de *non liquet*) e devolver ao poder legislativo as matérias que lhe eram trazidas⁸⁷.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 67-71.

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 77.

Deste modo, no caso do silêncio da lei, havia duas saídas para o intérprete: buscar a regra no interior do próprio sistema legislativo ou no exterior do sistema, deduzindo de um juízo pessoal de equidade decorrente da moral ou do direito natural. Os modernos teóricos do direito chamam a primeira solução de auto-integração e a segunda de hetero-integração do ordenamento jurídico.

A solução adotada pelo positivismo jurídico em sentido estrito é a primeira: o dogma da onipotência do legislador, de fato, implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem a individualização jurídica para cada caso. O dogma da onipotência do legislador implica, portanto, outro dogma estreitamente ligado ao primeiro, a saber, o da completude do ordenamento jurídico.

Entretanto, a solução que os redatores do artigo quarto encontraram residia na segunda alternativa, ou seja, deixar uma porta aberta à possibilidade da livre criação do Direito por parte do magistrado. Portalis partia da ideia de que as leis positivas não poderiam “nunca substituir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida”. Logo, no caso do silêncio da lei, era necessário direcionar-se aos princípios do Direito natural, uma vez que a “previdência dos legisladores é limitada e a natureza por outro lado infinita e se aplica a tudo que pode interessar aos homens”⁸⁸.

O poder criativo do juiz estava manifesto no artigo nono do livro preliminar do projeto posteriormente eliminado do texto definitivo por obra do Conselho de Estado. “Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de cuidado. A equidade é um retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei positiva”⁸⁹.

O art. 9º foi eliminado, uma vez que prevaleceu a interpretação restritiva do art. 4º fundada na escola dos intérpretes do Código Civil conhecida como a “escola da exegese” (*école de l'exegèse*) acusada de fetichismo da lei; eis que defendia a tese de sepultamento de todo direito anterior pelo novo Código e do renascimento de um novo direito capaz de resolver todas e quaisquer questões conforme a intenção do legislador. A escola da exegese foi duramente criticada pela escola científica do direito.

O art. 4º não desempenhou a função de garantir o poder criativo por parte do juiz conforme pretendia Portalis, pelo contrário, o que aconteceu foi o fenômeno histórico previsto por Savigny em 1814 quando escreveu a obra “*Da vocação de nosso tempo para a legislação*”

⁸⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 75.

⁸⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 76.

e a jurisprudência” em que houve uma brusca interrupção do desenvolvimento da tradição jurídica mediante uma interpretação passiva e mecânica do código conforme ensinou a escola da exegese sucedida posteriormente pela escola científica que tinha como objetivo elaborar de maneira autônoma conceitos jurídicos cuja validade fosse independente e transcendente ao próprio código.

As causas que contribuíram para o surgimento da escola da exegese foram as seguintes: a primeira foi o fato de a própria codificação se apresentar como prontuário capaz de resolver a maioria ou as principais controvérsias conforme ensinou Ehrlich em “*A lógica dos juristas*”. Segundo, por causa da mentalidade dos juristas dominada pelo princípio de autoridade, ou seja, a vontade do legislador que pôs a norma jurídica. Em terceiro lugar, por causa do fundamento ideológico que estruturava o Estado moderno, qual seja, a separação dos três poderes. Basta citar a expressão do Tribunal de Rouen, segundo o qual elementos normativos estranhos ao código sufocaria a voz do legislador.

Em quarto lugar, em virtude do princípio da certeza do direito garantido através de um corpo estável de leis que fazia com que os cidadãos previssem as consequências de suas próprias ações⁹⁰. Como se percebe, a lógica do direito enquanto ciência jurídica tinha uma tarefa eminentemente explicativa e não criativa. Por fim, em quinto lugar, devido ao controle de natureza política exercido pelo governo napoleônico que exigia que o direito positivo deveria ser ensinado sob o controle direto das autoridades políticas, daí a necessidade de se deixarem de lado as teorias gerais do Direito e as concepções jusnaturalistas inúteis ou perigosas.

Destes dados extrai-se que as principais características da escola da exegese são a completude da lei, a estatalidade do Direito, interpretação da lei com base na intenção do legislador, identificação absoluta do Direito com a Lei e, por fim, a necessidade de a lei ser proveniente da autoridade.

A escola da exegese surgiu na França e realizou duras críticas ao direito natural, alegando que este não constituía um corpo completo de preceitos absolutos e imutáveis diante de seus princípios vagos indeterminados. De acordo com essa escola, o jurista devia dirigir-se exclusivamente ao direito positivo. O direito natural, portanto, seria irrelevante enquanto não fosse incorporado à lei, até porque a sua obrigatoriedade só passaria a existir quando fosse devidamente sancionado.

⁹⁰ Matheo Pescatore ao tratar sobre a lógica do direito manifestou o seguinte comentário: “a codificação é uma verdadeira revolução na ciência da legislação. Faz com que, ao mesmo tempo, todas as instituições jurídicas seculares e memoráveis se manifestem. Ela é o triunfo da razão jurídica natural”. Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 80.

Outra característica importante era que, em relação ao art. 4º do Código napoleônico, deveria o magistrado fundamentar-se exclusivamente na lei para resolver qualquer controvérsia. O princípio da onipotência do legislador ganhou força, uma vez que ele não apenas negava o genérico direito natural, mas também o direito consuetudinário, o direito Judiciário e, principalmente, o direito científico alemão.

Em relação à interpretação, caberia ao intérprete buscar a vontade do legislador nos casos de obscuridade ou lacuna da lei. O direito, dessa forma, passou a se identificar com o produto do legislativo – ancorado na ideologia da Revolução Francesa e no dogma da estrita separação dos poderes – ao qual o intérprete era absolutamente subordinado. Por fim, o princípio da autoridade judicial e legislativa eram evidentes para se demonstrar o aspecto justo e a verdade da decisão que residia na lei promulgada pelo legislador e declarada pelo magistrado no caso concreto. Jamais um magistrado poderia proceder exclusivamente através de afirmações racionais ou empiricamente verificáveis, pois sua função se limitava à mecânica aplicação da lei.

2.2.1.4 A Escola Histórica do Direito na Alemanha e a Pandectista

O esfriamento do direito natural decorreu do ataque profundo aos chamados mitos jusnaturalistas, tais como estado de natureza, a lei natural e o contrato social, cuja fundamentação se encontrava na filosofia racionalista iluminista calcada no pensamento cartesiano. Essa dessacralização foi conduzida no início do século XIX pelo historicismo, cuja origem se deu na escola histórica do direito surgida no final do século XVIII e cujo maior expoente, sem dúvida, foi Friedrich Carl von Savigny (1779-1861).

Savigny tornou-se um clássico da ciência do Direito, um príncipe da ciência do seu tempo e um mestre da língua alemã. A sua metodologia “é a primeira após o ocaso do Direito natural (moderno)” e “influenciou duradouramente a literatura juscientífica do século XIX, mesmo onde se intentava a sua refutação”⁹¹. Para Wieacker⁹², ele é um “dos poucos juristas de todos os tempos que conseguiram fazer parte da sensibilidade cultural geral”. Em 1803, aos vinte e quatro anos, o mestre alemão elaborou um dos trabalhos mais importantes do Direito Civil, o *Recht des Besitzes* (Direito da Posse). Ao contrapor Thibaut, defendia que o direito

⁹¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 6.

⁹² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 437.

deveria se formar de maneira orgânica, isto é, a partir das convicções do povo, através do costume, da ciência e da prática jurídica.

É preciso não confundir os escritos da juventude com os escritos da maturidade de Savigny. Naqueles, o sistema jurídico era conhecido como um sistema exclusivo de regras jurídicas, ao passo que nestes, parte-se da “ideia de nexos ‘orgânico’ entre os ‘institutos jurídicos’ que vivem na consciência comum” visando com isso o “fim da lei” e o “nexo de significações fornecidas pela global intuição do instituto”⁹³.

A base de sua filosofia era a teoria jurídica kantiana acerca da existência autônoma do direito que não deve forçar a eticidade autônoma da pessoa, mas antes deve possibilitá-la. No seu entender, o direito subjetivo deveria ser compreendido como espaço de liberdade capaz de coexistir com a liberdade dos outros. Nesta linha, deveria ser compreendida o negócio jurídico e a vontade negocial como um espaço de ação da personalidade autônoma⁹⁴.

Savigny, na verdade, construiu o seu sistema de direito privado, estabelecendo um conceito abstrato de relação jurídica como um “poder de vontade”, baseado no nexo lógico dos conceitos gerais abstratos. Para Savigny, não competia ao juiz aperfeiçoar a lei, de maneira criadora, mas apenas executá-la. Para ele, este aperfeiçoamento da lei deveria, portanto, ser obra do legislador, jamais do magistrado⁹⁵.

O método de Savigny, na verdade, consistia na “identificação dessas regras a partir de ‘nexos histórico-orgânicos’ capazes de se aproximar e revelar ‘o espírito do povo’ (*Volksgeist*)”. Esse método cedeu espaço “à ordenação e sistematização de regras pela ciência jurídica” com Georg Friedrich Puchta (1798-1846), sucessor de Savigny. A partir daí, as normas “começaram a adquirir um *status* independente de suas raízes históricas e sociais, cuja autoridade extraía-se da própria racionalização conferida pela dogmática”.

Puchta conseguiu impor o formalismo rigoroso da pandectista alemã. Ele é considerado o precursor da *genealogia dos conceitos* e o responsável por “preparar o terreno ao formalismo jurídico que viria a prevalecer durante mais de um século” na medida em que abandonou a ideia de Savigny da (i) relação das “regras jurídicas com o instituto jurídico que lhe é subjacente, em favor da construção conceptual abstrata” e (ii) da “interpretação e desenvolvimento do direito orientados para o fim da lei e o nexo significativo dos institutos

⁹³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 18-19.

⁹⁴ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

⁹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 12.

jurídicos”⁹⁶. Este formalismo conseguiu desligar a ciência jurídica da vida (realidade social, política e moral) e conectá-la apenas à existência intelectual, tudo isso em reação ao racionalismo formal do jusracionalismo.

De acordo com a sua teoria, o “jurista deveria seguir de cima para baixo a descendência de cada conceito através de todos os elementos que têm parte na sua formação”, tornando-se consciente da proveniência “de cada direito até chegar ao puro conceito de direito e, deste conceito supremo, poder voltar novamente a descer até cada um dos direitos (subjettivos) isolados”. Sua tese sustenta a necessidade de procedimentos – fruto da dedução científica (deduzir a norma e a decisão jurídica a partir do conceito) – para a criação do direito⁹⁷.

A “genealogia dos conceitos” – cuja evolução se deu na “Jurisprudência dos conceitos formal” – “não é, assim, outra coisa senão a pirâmide de conceitos do sistema construído segundo as regras da lógica formal” e significa que “o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através do seu conteúdo” procedente da filosofia do direito. Para Puchta só pode ser considerado direito “o que se deixe subordinar” ao conceito fundamental enquanto pressuposição da construção dedutiva do sistema. Logo, “incorreto equiparar de modo puro e simples jurisprudência dos conceitos e positivismo” uma vez que para aquela corrente caberia ao legislador retirar a sua legitimação do “conteúdo mínimo” existente no conceito do sistema. Importante registrar que esse conceito superior mantém-se fixo, ou seja, “na marcha para novas determinações, ele não varia, o seu conteúdo permanece intacto”⁹⁸.

Como se vê, não se pode confundir escola histórica com positivismo jurídico, muito embora ela tenha preparado caminho através de uma crítica radical ao direito natural a começar por Gustav Hugo (1764-1844) mediante a obra intitulada “*Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo*”, que reconfigura o direito natural e não mais o concebe como um sistema normativo autossuficiente e distinto do sistema do direito positivo, “mas sim como um conjunto de considerações filosóficas sobre o próprio direito positivo”. Esta obra, na verdade, marca a passagem da filosofia jusnaturalista para a juspositivista *lato sensu*. Gustav Hugo, em resumo, afirma que o direito positivo é um direito posto pelo Estado, mas não necessariamente

⁹⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 29.

⁹⁷ Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 457.

⁹⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 23-29.

posto pelo legislador. Ele exerce uma forte influência no pensamento de John Austin, considerado o fundador do positivismo jurídico *stricto sensu*⁹⁹.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior lembra que a escola histórica nasceu “como uma tentativa de *identificação e sistematização de normas*, uma construção de um método capaz de identificar e organizar o ordenamento”¹⁰⁰. A ideia de sistema significa neste contexto algo que supera a “mera clareza e facilidade de domínio de uma certa matéria; significa única maneira possível porque o espírito cognoscente consegue assegurar-se da verdade: o critério da racionalidade intrínseca, como exigência imprescindível da verdadeira cientificidade”¹⁰¹.

Outro conceito importante a ser considerado ainda no contexto da escola histórica é o do historicismo. O historicismo considera o homem na sua individualidade em contrapartida ao racionalismo que o considera de maneira abstrata em virtude da imutabilidade da natureza humana e da sua racionalidade. Outras características importantes do historicismo são as seguintes: (i) abordagem histórica da vida e do próprio homem sob uma perspectiva variável e não imutável; (ii) atribuem um sentido irracional da história que não deveria mais ser interpretada de maneira racionalista e cartesiana conforme realização dos iluministas, mas de maneira passional e emotiva partindo dos impulsos, paixões e sentimentos do homem. Verifica-se, neste ponto, uma forte característica do romantismo; (iii) a tragicidade, ou seja, o pessimismo antropológico em contraposição ao otimismo iluminista que cria os magníficos destinos e progressos da humanidade. A história seria uma contínua tragédia; (iv) o elogio e o amor pelo passado de maneira idealizada em contraposição aos iluministas que zombavam e desprezavam a ingenuidade e a ignorância dos antigos; (v) o amor pela tradição em contraposição aos iluministas que a odiava.

Estas características se viam presentes na seara jurídica da Escola Histórica do Direito na medida em que, por influência de Savigny, não mais se falava sobre a existência de um direito único, igual para todos os tempos e para todos os lugares. O Direito passou a ser um produto da história e não da razão. O sentimento de justiça decorrente de uma racionalidade histórica superou a avaliação e o cálculo matemático jusracionalista. Daí a importância de se conservarem os ordenamentos existentes e desconfiar das novas instituições, das inovações jurídicas e de suas improvisações. Eis o motivo pelo qual a escola histórica alemã se opôs às novidades decorrentes do projeto de codificação.

⁹⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 46.

¹⁰⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução Ao Estudo Do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 10 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 277.

¹⁰¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 22.

O amor pelo passado fez com que Savigny se reaproximasse da doutrina romanista e da tradição consuetudinária que expressava um direito decorrente dos costumes que nasciam diretamente do povo e do espírito nacional (*volksgeist*). A doutrina de Savigny, na verdade, surgiu como uma reação ao jurista alemão Anton Friedrich Justus Thibaut, ou simplesmente, Thibaut, adepto da codificação iluminista.

Ao direito natural, a Escola Histórica contrapôs o direito consuetudinário, considerado como uma forma genuína do direito, enquanto expressão imediata da realidade histórico-social e do *volksgeist*. A escola histórica do direito, muito embora tenha contribuído para o nascimento do positivismo jurídico, influenciou talvez mais duas importantes escolas como a sociológica e a realista que se desenvolveram principalmente no mundo anglo-saxão¹⁰².

Conforme dito, a escola histórica alemã recusou as inovações decorrentes do movimento das codificações jusracionalistas, cujo ápice foi o Código Napoleônico. Entretanto, conforme se verá, houve na Alemanha quem não concordasse com essa posição, a exemplo do seu maior expoente, Thibaut. Enquanto a França, através do seu despotismo esclarecido, exportava para o mundo a ideia de um direito natural positivado através de códigos (fundamentados na igualdade formal de todos os cidadãos) capazes de realizar politicamente o princípio da onipotência do legislador e da autoridade do Estado para a implantação das leis, por outro lado, na Alemanha, o direito natural era suplantado pelo direito consuetudinário, duramente criticado pelos iluministas que defendiam a sua substituição legal.

O iluminista Thibaut, em 1798, iniciou seus estudos filosóficos com o objetivo de compreender a interpretação das leis positivas. O ex-reitor da Universidade de Heidelberg refutava a ideia de um sistema jurídico baseado em princípios racionais *a priori* e sustentava uma posição moderada de conciliação entre a história e a razão. Ele visava construir um sistema de direito positivo através de uma ordenação sistemática do direito. Landsberg¹⁰³ chama o pensamento desse autor de positivismo científico (*wissenschaftlicher positivismus*).

Este fato decorre do desenvolvimento do positivismo científico baseado na justificação programática de Puchta, dando sequência ao *Beruf* de Savigny. De acordo com Puchta, “seria possível deduzir novas normas a partir do desenvolvimento dos conceitos lógicos e legitimar assim o processo de construção do direito da jurisprudência construtiva”¹⁰⁴. A produção jurídica

¹⁰² BOBBIO, Noberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.

¹⁰³ BOBBIO, Noberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.

¹⁰⁴ Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 492.

alemã de uma civilística sistemática tornou-se numa “pandectista” ou “ciência das pandectas” em alusão às pandectas de Justiniano (imperador Bizantino de 527 a 565 d.C).

De muita valia é o ensinamento do professor Losano¹⁰⁵ segundo o qual “o *Digesto* também recebia o nome de *Pandectas*, e por isso os juristas (sobretudo alemães) que se ocuparam da aplicação do direito romano à sociedade do século XIX foram chamados de pandectistas”. Esta escola, de acordo com o mestre italiano, buscou adaptar as disposições de Justiniano à realidade alemã através da reestruturação da matéria. Desse modo, a escola pandectista possibilitou o “*Usos Modernus Pandectarum*”, que, através da adaptação ao direito germânico, manteve os estados alemães até a entrada em vigor do Código Civil de 1900.

Com base em Wieacker¹⁰⁶, resumidamente, a escola histórica mediante a ciência das pandectas defendia a aplicação adaptada do direito romano através de normas jurídicas que deveriam ser deduzidas e aplicadas a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica. Suas principais características eram a de que a ordem jurídica era um sistema fechado, portanto, dotado de autonomia, coerência, plenitude.

2.2.1.5 O Positivismo Jurídico em Jeremy Bentham (1748-1832)

Um fato curioso deve ser observado na França e na Inglaterra. Embora a codificação tenha ocorrido no primeiro país, lá não houve a elaboração de uma consistente teoria neste sentido. Ao contrário do que aconteceu na Inglaterra, que, embora não tenha adotado a codificação no seu sistema jurídico, foi responsável pela elaboração de uma ampla teoria da codificação através de Bentham, considerado o Isaac Newton da legislação.

Bentham era um crítico do sistema de precedente obrigatório diante do seu caráter radicalmente assistemático, incerto e isento de critérios objetivos para nortear a atuação do magistrado. Ele defendia a ideia de uma soberania da lei com a consequente subordinação do juiz a ela para que se evitasse o arbítrio e a “criatividade” encoberta por ideologias. No seu entender, não era admissível se conceber um sistema cujas decisões possuísem eficácia retroativa e o povo não pudesse controlar a produção do direito por parte dos juízes.

Assim como Austin, contrapunha-se à teoria declaratória da *common law* defendida por Blackstone – maior estudioso do direito inglês da época – segundo a qual o juiz apenas

¹⁰⁵ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 37.

¹⁰⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

declarava o direito. No seu entender, o referido método era adotado para adestramento de cachorros. Já Austin acusava a referida teoria de uma ficção infantil¹⁰⁷.

O professor inglês acreditava no conhecimento decorrente da experiência e defendia o estabelecimento de uma ética objetiva fundada em princípios objetivamente estabelecidos e cientificamente verificados. Rejeitava, portanto, uma ética subjetiva apoiada em juízos de valor fundados unicamente no próprio sujeito. Partindo do pressuposto de que a finalidade da lei deveria ser dirigida à conduta dos cidadãos, ela deveria ser unitária, coerente, clara, breve e simples, buscando sempre expressar exatamente a vontade do legislador.

Chiassoni¹⁰⁸ ensina que seus escritos são o ponto de partida para as origens da filosofia do direito positivo na cultura inglesa e na cultura ocidental em geral. O doutrinador inglês considerava de máxima importância um tema ignorado pelos cultores do direito, natural ou positivo, a saber, a questão entre o *ser* e o *dever ser*. Na verdade, a distinção entre direito e moral é um dos pressupostos do seu aparato metodológico (tese empírica da conexão contingente). Para desmistificar o direito, ele ensinava que era necessário distinguir os instrumentos para análise do discurso jurídico e os instrumentos para elaboração de um aparato conceitual claro e moralmente neutro. Sua tese meta-teórica (epistemológica) se baseava, portanto, na não valoração moral dos conceitos jurídicos.

Bentham também defendia a tese de que o soberano é a fonte de todas as normas jurídicas do Estado, adotando assim a versão rigorosa da concepção voluntarista do direito (*Kein Imperativ ohne Imperator*). Ele também é um expoente paradigmático do imperativismo de coerção. No tema referente à teoria dinâmica das normas, o professor britânico, apesar de ser adversário do jusnaturalismo, atribuía relevância jurídica à lei universal de liberdade, considerada por Chiassoni¹⁰⁹ uma norma “natural”, pré-jurídica e metajurídica, segundo a qual “tudo o que não é proibido, é permitido, que se encontrará nas teorias juspositivistas do século XX com o nome de ‘norma geral exclusiva’”.

¹⁰⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

¹⁰⁸ CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen**. Tradução de Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

¹⁰⁹ CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen**. Tradução de Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 128.

2.2.1.6 O Positivismo Jurídico em John Austin e a Analytical Jurisprudence (1790-1859)

Austin foi um grande admirador de Savigny e também de Thibaut. Conforme estudado, a escola histórica do direito alemã, muito embora não acolhesse a ideia da codificação francesa, enxergava no direito consuetudinário a expressão do direito positivo. Entretanto, para Austin, a forma típica do direito encontrava-se na lei enquanto fundamento último de toda a norma jurídica. Aproximava-se, assim, de Hobbes e Bentham.

A lei era definida por Austin como um comando geral e abstrato acompanhado por uma sanção e seria dividida em lei positiva e moralidade positiva. Enquanto a primeira seria aquela posta por superiores políticos, soberanos, que têm a capacidade de sujeitar, a segunda seria posta por sujeitos sem a qualidade de soberano, o que se chamariam hoje de normas de costume social.

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹¹⁰, a aplicação da expressão teoria geral ao direito foi realizada pela primeira vez na tradição do *Common Law* mediante o termo *general jurisprudence*, cunhado por Austin na sua obra intitulada *The uses of the study of jurisprudence* (1863).

Austin fez importantes distinções entre o direito legislativo e direito judiciário, recorrendo ao conceito de autoridade subordinada que coloca o direito a partir do poder que lhe é delegado pelo soberano. Defensor da estatização do direito, também defendia a sua criação pelos juízes devidamente amparados com base no poder a eles atribuído pelo Estado. O direito legislativo deveria ser constituído por normas gerais e abstratas, ao passo que o direito Judiciário se constituiria através de normas particulares com o objetivo de regular uma demanda específica. Seguindo o ensinamento de Bentham, alegava que o direito legislativo seria superior ao direito judiciário.

Ele também estabeleceu certas críticas ao direito Judiciário. A primeira delas se referiu à ausência de controle pela comunidade política. A segunda teria relação com a sua natureza arbitrária diante da ausência de critérios objetivos e de limites de controle. O juiz deveria ter a sua atividade vinculada a múltiplas formas de controle, a exemplo dos precedentes, da autoridade soberana com poderes para afastá-lo em caso de descumprimento da ordem jurídica existente dos órgãos judiciários superiores com poderes de anular as decisões arbitrariamente proferidas.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

Austin, muito embora sustente a substituição do direito judiciário pela codificação, não entende que isso seja capaz de realizar a completude do direito que sempre deixará lacunas para serem preenchidas. Ele entende que todo código é necessariamente incompleto, não podendo dispor para todos os casos futuros.

Ao abordar o método analítico da *general jurisprudence*, Chiassoni¹¹¹ aponta os dois principais instrumentos do método analítico austiniano: (i) princípio da metódica ignorância lexical onde o teórico austiniano deve presumir o desconhecimento do significado dos principais termos jurídicos em uso; (ii) existência de alguns rudimentos de análise da linguagem “em parte já encontrados ao tratar do método do Expositor benthamiano” para alcançar discursos claros, precisos e rigorosos.

A ética normativa que nutre a ciência da legislação austiniana difere do benthamiano. Enquanto que o primeiro é heurístico (fator de utilidade imprestável para produzir novas normas, mas apenas para reproduzir normas já postas), o segundo é nomopoiético (o princípio de utilidade é capaz de criar normas novas). Por fim, seguindo os passos de Bentham, Austin compreendia que a questão relativa ao problema da normatividade do direito, ou seja, o conhecimento do direito positivo, deveria ocorrer “como de fato ele é, pois ‘a existência do direito é uma coisa, seus méritos e deméritos são outra coisa’”¹¹².

2.2.1.7 O Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) e sua Influência no Direito Civil Brasileiro do Século XX

Nas palavras de Rückert¹¹³ “em 1.1.1900 entrou em vigor, após quase trinta anos de elaboração desde 1874, o primeiro código civil para o Império alemão unificado por seus príncipes e sem a Áustria, acompanhado de muita festa e aplausos, inclusive de um ‘BGB em versos’”.

Resumidamente, Wieacker¹¹⁴ aponta as seguintes características acerca do Código Civil alemão: (i) corresponde ao ideal abstratizante e positivista da plenitude e da estreita

¹¹¹ CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 188.

¹¹² CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 205.

¹¹³ RÜCKERT, Joachim. O BGB – um código que não teve oportunidade? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 34, p. 6-37, jan.-jun. 2016. p. 3. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/63728>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹¹⁴ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

vinculação do juiz à lei; (ii) situa-se na escola rigorosamente conceitual e sistemática da pandectista mediante uma linguagem precisa e clara; (iii) dissolveu-se no pluralismo da sociedade impessoal e dos grandes grupos econômicos que haveria de conduzir as formas massificantes de vida; (iv) apresenta traços conservadores e autoritários em alguns pontos restritos deixando espaço para exigências sociais do futuro; (v) sobre influência da progressiva revolução industrial faz da liberdade de contrato de associação meios de estabelecimento do poder social e econômico.

Dando seguimento, o professor alemão continua apresentando as suas particularidades: (vi) através de uma imagem conservadora expõe uma forma patriarcal do direito de família até porque o referido código não sofreu influência dos primeiros movimentos de emancipação da mulher; (vii) o direito das associações e das fundações revela traços típicos do estado de polícia; (viii) apresentava traços do liberalismo clássico, eticamente fundado, pela pureza das regras morais do tráfico jurídico exemplificados através da proibição da usura, de cláusulas penais injustas e da *lex commisorio* e a imposição ao devedor hipotecário da proibição de alienação; (ix) os direitos obrigacionais foram profundamente influenciados pelo liberalismo eticamente fundado nos interesses da sociedade burguesa de concorrência a exemplo da expressa rejeição da cláusula *rebus sic stantibus* e da admissão de contratos obrigacionais abstratos. A referida codificação renunciou a ética material dos contratos, sobretudo a ética do justo preço.

Seguindo, Wieacker acusa o legislador de não ter reconhecido uma função social própria ao direito privado. O liberalismo do BGB, dizia ele, representou um atraso não apenas em relação aos reclamos sociais, mas também em conexão à expansão interna da própria sociedade dos negócios. Infelizmente, muito embora tenha sido uma obra-prima sob o ponto de vista da técnica jurídica capaz de superar o *Code Civil*, uma vez que se favoreceu do prestígio científico adquirido pela pandectista alemã do século XIX, o BGB não acompanhou a evolução social de sua época. De toda sorte, em virtude de seu caráter abstrato, ele exerceu forte influência e foi absorvido por culturas diferentes em parte da América do Sul (Brasil em 1916 e Peru) e em países do extremo oriente asiático (Japão, Turquia, China).

Por derradeiro, Wieacker destaca um importante debate, qual seja, a questão referente à Parte Geral do BGB, objeto de profundas e complexas polêmicas na época pandectista. Essa discussão envolve um debate principiológico no que se refere à relação entre a ordem jurídica e a realidade social. De um lado, o formalismo jurídico fechado em seus próprios conceitos jurídicos e, do outro, o diálogo com os valores sociais e éticos. Diferentemente do BGB, o

Código Civil suíço de 1906 (ZGB) rejeitou a parte geral e, mesmo assim, conseguiu uma coerência intelectual e metodológica de uma ordem jurídica e cientificamente concebida.

Em artigo intitulado *A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX*, Rodrigues Júnior¹¹⁵ evidencia esse influxo no Código Civil brasileiro de 1916 e 2002 bem como na doutrina de renomados civilistas a exemplo de Clovis Beviláqua, Eduardo Espínola, José Martins Rodrigues, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda¹¹⁶, Torquato Castro, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes e José Carlos Moreira Alves¹¹⁷, Clóvis do Couto e Silva¹¹⁸ e Sílvio de Salvo Venosa. Já autores como Jorge Americano, Vicente Raó, Sílvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro e Antonio Junqueira de Azevedo evidenciavam uma forte influência da Escola Francesa.

O objetivo do artigo supramencionado, na verdade, é a revisão dominante no Brasil de uma visão preconceituosa sobre o Código Civil de 1916, apontado como uma lei retrógrada e velha no seu próprio tempo. Tais críticas teriam por fundamento as mesmas relacionadas à natureza liberal, exegética e patrimonialista do BGB.

¹¹⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **RT**, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

¹¹⁶ “De modo expressivo, Jan Peter Schmidt afirma que Pontes de Miranda ‘atuou como um verdadeiro ‘embaixador’ do Direito brasileiro na Alemanha’, ao ter promovido ‘o conhecimento do direito de seu País principalmente por meio de dois trabalhos, que, por décadas, tornar-se-iam obras de referência’. Além disso, ele ‘não foi, todavia, apenas o grande Embaixador do Direito brasileiro na Alemanha. Foi também o Embaixador mais importante que o Direito alemão teve no Brasil. Provavelmente não há outro jurista na história do Direito brasileiro que tenha tido um conhecimento tão profundo do direito alemão e especialmente da doutrina teutônica’”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **RT**, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013. p. 46.

¹¹⁷ “Moreira Alves foi membro da comissão redatora do Anteprojeto do Código Civil de 2002, cabendo-lhe a relatoria da Parte Geral. Nesse âmbito, o Direito Civil alemão foi recepcionado de modo direto pelo Código brasileiro, em diversos temas, como os direitos da personalidade, a teoria da representação, a teoria das nulidades, a simulação, a conversão substancial do negócio jurídico, o silêncio e a prescrição. No campo doutrinário, o livro de Moreira Alves sobre a posse é um destacado exemplo da aplicação dos constructos teóricos alemães. Há ampla consulta de autores germânicos do século XIX e da primeira metade do século XX, além de serem enfrentados temas como a vontade possessória (*Besitzwille*), a distinção entre posse própria (*eigener Besitz*), posse mediata (*mittelbarer Besitz*) e posse imediata (*unmittelbarer Besitz*). Outros estudos baseados no Direito Civil alemão e no Direito Romano foram suas teses sobre a alienação fiduciária e sobre a cláusula de retrovenda”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **RT**, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013. p. 44-45.

¹¹⁸ “Clóvis do Couto e Silva (1930-1992), da UFRGS, foi magistral ao combinar (e equilibrar) as lições francesas e alemãs. Em seu clássico *A obrigação como processo*, Couto e Silva apresentou aos leitores brasileiros o que havia de melhor na literatura jurídica alemã em seu tempo. Nesse livro, é bem perceptível a utilização dos contributos de Josef Esser (1910-1999) e de Karl Larenz (1903-1993). Sua repercussão nos meios jurídicos nacionais foi enormemente amplificada graças aos ofícios de seu discípulo Ruy Rosado de Aguiar Jr. (1938), seja nos acórdãos por ele prolatados no TJRS, seja quando ele se tornou Ministro do STJ. Em muito se deve a seus julgados a popularização de conceitos relacionados à boa-fé objetiva, à responsabilidade pré-contratual e à pós-contratual, ao *venire contra factum proprium*, ao adimplemento substancial e às relações contratuais de fato”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **RT**, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013. p. 47.

Rodrigues Junior¹¹⁹ sustenta seus argumentos com base no artigo intitulado *O Código Civil – um código sem oportunidade?* de autoria do alemão Joachim Rückert¹²⁰, segundo o qual a doutrina brasileira foi profundamente influenciada por dois autores alemães – Franz Wieacker e Karl Larenz¹²¹ – cujas obras retrataram de maneira bastante negativa o BGB. Acontece, entretanto, que a maioria das críticas destes autores refletem concepções dos anos 1940 ou mesmo anteriores, o que significaria a adoção de ideias ultrapassadas, mesmo em 1950, e de conteúdo nacional-socialista. Franz Wieacker, no entender de Hans-Peter Haferkamp *apud* Rückert¹²², teria sido o mais bem-sucedido crítico do BGB ao construir a imagem de um código “formalista” e sem qualquer contato com a realidade social.

O fato é que toda a crítica dirigida ao BGB no pós-guerra praticamente replicava as ideias antiformalistas e antipositivistas da doutrina nazista, haja vista os estudos teóricos produzidos nos anos 1930-1940 não terem sofrido grandes revisões. Foi no contexto de 1942, diante da extrema perversão da Justiça alemã, que se formulou a máxima: “o juiz é a corporificação da consciência viva nacional”¹²³.

¹¹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **RT**, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013. p. 62.

¹²⁰ RÜCKERT, Joachim. O BGB – um código que não teve oportunidade? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 34, p. 6-37, jan.-jun. 2016. p. 3. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/63728>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹²¹ “Karl Larenz (1903-1993) é onipresente nos livros brasileiros sobre Parte Geral e Direito das Obrigações. A edição de 1992 de sua Metodologia da ciência do Direito foi (muito bem) traduzida por José Lamago e publicada em Coimbra, graças à prestigiosa Fundação Calouste Gulbenkian. Seus livros Parte geral do direito civil e direito das obrigações receberam traduções espanholas, respectivamente, nos anos de 1978 e 1958-1959, ambas publicadas em Madri, pela editora Revista de Derecho Privado, as quais tomaram por base edições alemãs dos anos 1970 e 1950 ... Sobre o papel de Karl Larenz na Escola de Kiel e no ‘movimento de renovação do Direito’ por ela liderado no período hitlerista, Claus-Wilhelm Canaris dedicou várias seções de um texto biográfico sobre seu mentor, intitulado ‘Karl Larenz’, publicado em uma coletânea sobre os principais civilistas de língua alemã do século XX, a partir da visão de seus discípulos. Há diversas informações muito úteis para se compreender o comportamento de um homem tão admirado como jurista, mas que associou seu nome a um governo fundado no totalitarismo e na absoluta indiferença à dignidade humana”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **RT**, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013. p. 52; 63.

¹²² RÜCKERT, Joachim. O BGB – um código que não teve oportunidade? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 34, p. 6-37, jan.-jun. 2016. p. 3. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/63728>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹²³ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade. O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 197.

2.2.2 A Evolução do Positivismo Jurídico

O fundamento do positivismo jurídico reside no fato histórico da produção Legislativa do direito e na formação do Estado Moderno (Estado legislativo) cujo propósito seria o de modificar a sociedade. Esse período foi marcado pelo legicentrismo e pela concentração das fontes do direito no Estado.

Com os movimentos constitucionais modernos (Constituição Francesa de 1791 e dos Estados Unidos de 1787), a lei passou a unificar a vontade popular e a estatal na Europa Continental, exercendo assim uma função ativa do direito em substituição aos costumes e ao direito natural considerados uma fonte passiva. As fontes do direito natural são substituídas pelas fontes estatais¹²⁴.

O que se verifica, na verdade, é que os arbítrios e as barbaridades cometidas pelos reis absolutistas, fundamentados no Direito e nos seus “princípios naturais”, impulsionaram o fim do dualismo e, por conseguinte, a criação de dois dogmas modernos capazes de supostamente garantir a liberdade dos cidadãos e impor limites à atuação do Estado: o princípio da legalidade e o da soberania popular.

Influenciado pelo positivismo filosófico, o positivismo jurídico buscou estabelecer padrões científicos para procedimentalizar o conhecimento. Deste modo, negou o dualismo na tentativa de atribuir autonomia científica ao direito, afastando-o de elementos externos, como a moral decorrente do direito natural. “Considerações de caráter ético, político ou econômico não são assuntos dos juristas, enquanto tais, dizia, ainda em 1884, um clássico desta corrente positivista da craveira de Windscheid”¹²⁵.

A partir da codificação, o direito passou a se apresentar como um sistema normativo e o positivismo jurídico passou a propor um fundamento jurídico para o próprio direito, trazendo a ideia de autonomia tanto no plano fático (eficácia) quanto no plano valorativo (justiça); bem como passou a estabelecer critérios exclusivamente jurídicos para o pertencimento ao sistema jurídico.

Em virtude dessa nova configuração, o Poder Legislativo passou a ter a função política de descobrir os valores vigentes em uma determinada comunidade e positivá-los no mundo

¹²⁴ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹²⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 492.

jurídico através da lei, competindo ao Poder Judiciário não criar o direito, mas apenas declará-lo diante do caso concreto.

Bobbio¹²⁶ aponta ainda sete características fundamentais do positivismo jurídico. A primeira entende o direito como fato e não como um valor, daí decorre a teoria do formalismo jurídico que se vincula unicamente à estrutura formal independente do seu conteúdo. Chiassoni¹²⁷ alega que a *tese da artificialidade do direito* (direito como artefato social) surgiu no final dos novecentos com o nome de “tese das fontes sociais” do direito (direito natural não é direito, mas moral). Outro ponto importante e digno de destaque é que a tese da separação entre direito e moral constitui, na verdade, o núcleo do positivismo metodológico¹²⁸; a segunda reside na teoria da coatividade do direito; a terceira reside no fato de a lei ser a fonte preeminente do direito; a quarta diz respeito à teoria da norma jurídica que considera a norma como um comando. Dela decorre a teoria imperativista do direito que tem como objeto estabelecer quem são os destinatários dos comandos jurídicos.

A quinta característica refere-se à teoria do ordenamento jurídico fundamentada na teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico; a sexta refere-se ao método da ciência jurídica, ou seja, ao problema da interpretação baseado na interpretação mecanicista em que prevalece o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito; e, por fim, a teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal (*Gesetz ist Gesetz* – lei é lei).

Em resumo, diz Bobbio¹²⁹, o positivismo jurídico pode ser encarado sob três perspectivas: (i) certa forma de abordar o estudo do direito; (ii) certa teoria do direito; (iii) certa ideologia do direito. Möller¹³⁰ aduz que as principais teses do positivismo jurídico seriam: a identificação do termo direito com direito positivo, a distinção entre o “direito que é” e o direito que “deveria ser”, a separação necessária entre direito e moral e a diferenciação entre validade jurídica e valor do direito.

Essas características do positivismo jurídico passaram por profundas mudanças no decorrer do tempo, principalmente diante de severas críticas que o mesmo sofreu no pós-segunda guerra, principalmente em virtude do seu caráter avalorativo (eticamente neutro) e sua

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

¹²⁷ CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

¹²⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

¹³⁰ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

forma de interpretar o direito que gerou, por exemplo, na Alemanha, a batalha dos métodos (*Methodenstreit*).

Existem muitas concepções acerca do positivo jurídico, e isso decorre, como ensina Dorado Porras¹³¹, possivelmente em virtude da variedade de fontes de origem do movimento positivista: escola histórica na Alemanha, exegética na França e o utilitarismo na Inglaterra.

Sem embargo, deixando-se de lado a complexa discussão acerca dos critérios de definição do positivismo jurídico, tema bem explicado por Dimoulis¹³², adotar-se-á como linha de raciocínio para culminar no neoconstitucionalismo teórico os principais aspectos do positivismo jurídico com base nos seus dois principais representantes: Kelsen e Hart. Para Möller¹³³, estes dois autores simbolizam a evolução experimentada pelo positivismo jurídico como teoria do direito, adotando uma postura descritiva sem deixar de se influenciar pelos posicionamentos ideológicos do positivismo clássico, isto é, anteriores ao século XX.

2.2.2.2 O Positivismo Jurídico em Kelsen

Hans Kelsen (1881-1973) é considerado o maior representante do positivismo jurídico. Chiassoni¹³⁴ acusa-o de ter transformado “a jurisprudência – particular e geral, teria dito Austin – em uma autêntica disciplina científica, caracterizada por ‘objetividade e exatidão’”. Continua o professor italiano informando que Kelsen foi o conselheiro jurídico do governo republicano austríaco e um dos principais redatores da Carta Constitucional de 1920, na qual inseriu, primeiro exemplo no mundo, um tribunal competente para exercitar um controle de legitimidade Constitucional a posteriori e incidental sobre as leis do Estado – tribunal do qual foi juiz de 1921 a 1930.

A sua obra magna é sem dúvida a *Teoria Pura do Direito* sobre a qual muitos equívocos doutrinários são cometidos no Brasil em virtude de uma completa dissociação com

¹³¹ Cf. MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹³² DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

¹³³ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹³⁴ CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 415.

as ideias do próprio Kelsen¹³⁵. Para evitar equívocos interpretativos acerca do professor de Berkeley, serão utilizadas as palavras do próprio autor para explicar sua teoria:

Quando esta doutrina é chamada “teoria pura do direito”, pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação. Uma ciência que precisa descrever o seu objeto tal como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específicos. Este último é um problema da política, e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade voltada para valores, não um objeto da ciência, voltada para a realidade.

[...]

Ela não tenta compreender o Direito como um produto da justiça, como o filho humano de um progenitor divino. A teoria pura do Direito insi em uma distinção clara entre o Direito empírico e a justiça transcendental, excluindo esta de seus interesses específicos.

[...]

Boa parte da jurisprudência tradicional é caracterizada por uma tendência para confundir a teoria do Direito positivo com ideologias políticas disfarçadas ou de especulação metafísica sobre a justiça¹³⁶ ou de doutrina jusnaturalista.

[...]

É precisamente por seu caráter antiideológico que a teoria pura do Direito prova ser uma verdadeira ciência do Direito. A ciência como cognição tem sempre a tendência imanente de revelar o seu objeto. Mas a ideologia política encobre a realidade, seja transfigurando-a a fim de conservá-la ou defendê-la, seja desfigurando-a a fim de atacá-la, destruí-la ou substituí-la por outra realidade. Toda ideologia política tem sua raiz na volição, não na cognição, no elemento emocional da nossa consciência, não no racional; ela se origina de certos interesses, ou, antes, de outros interesses que não o da verdade¹³⁷.

A epistemologia kelseniana possui a sua base em duas ideias centrais: (i) o positivismo jurídico como única postura filosófica e epistemologicamente adequada para se ter um conhecimento científico do direito considerado um fenômeno social; (ii) a ideia segundo a qual “os postulados epistemológicos tradicionalmente associados ao positivismo pertencem a um empirismo ingênuo não totalmente depurado de influências metafísicas e compromissos

¹³⁵ A esse respeito, cf. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018 e RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **RT**, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

¹³⁶ “Libertar o conceito de Direito da ideia de justiça é difícil porque ambos são constantemente confundidos no pensamento político não científico, assim como na linguagem comum, e porque essa confusão corresponde a tendência ideológica de dar aparência de justiça ao Direito positivo. [...] De qualquer modo, uma Teoria pura do Direito, ao se declarar incompetente para responder se uma dada lei é justa ou injusta ou no que consiste o elemento essencial da Justiça, não se opõe de modo algum a essa exigência. Uma Teoria pura do Direito – uma ciência – não pode responder a essas perguntas porque elas não podem, de modo algum, ser respondidas cientificamente”. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado (1945)**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. Brasília: Martins Fontes, 1998. p. 8-9.

¹³⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado (1945)**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. Brasília: Martins Fontes, 1998. p. XXVIII-XXXII.

valorativos”¹³⁸. “*El esfuerzo purificador que domina la teoría kelseniana tiene como finalidad, precisamente, convertir la ciencia jurídica en una ciencia genuina*” e seus principais princípios são “*el principio de neutralidad y el principio de autonomía*”¹³⁹.

Deixando-se de lado as quatro etapas da epistemologia jurídica kelseniana, tema não objeto do presente estudo, convém assinalar que o autor da Teoria Pura do Direito buscou através de uma proposta positivista apresentar um conceito autônomo de Direito. Autonomia aqui diz respeito a uma concepção normativa do direito em que “toda norma encontra seu critério de pertencimento a determinado sistema jurídico em outra norma que lhe seja hierarquicamente superior ou posterior”¹⁴⁰. Existe um importante, porém pouco conhecido, estudo de Kelsen dedicado à definição do positivismo, asseverando que “determinados fatos (*Tatsachen*) devem ser vistos como condição de validade (*Bedingung der Geltung*) do Direito”¹⁴¹.

Chiassoni¹⁴² resume a Teoria Pura do Direito da seguinte maneira:

Os principais componentes da doutrina ou Teoria pura do Direito, enquanto teoria geral do direito – enquanto teoria do direito positivo em geral – são, como dito antes: (1) uma *teoria das relações entre direito e moral, direito e religião, direito e força*, que visa fornecer uma redefinição cientificamente adequada dos conceitos pertinentes, entre os quais, acima de tudo, o conceito do Direito positivo; (2) uma *teoria das normas jurídicas*, que inclui uma concepção de sua forma lógica, ou forma fundamental; (3) uma *teoria dos conceitos jurídicos fundamentais* (sanção, dever jurídico, direito subjetivo, responsabilidade, sujeito de direito, pessoa jurídica, etc.); (4) uma *teoria das relações entre normas jurídicas ou teoria da estrutura dos ordenamentos jurídicos*; (5) uma *teoria das relações entre Direito e Estado*; (6) uma *teoria das relações entre ordenamentos jurídicos*; (7) uma *teoria da interpretação jurídica*.

Sua teoria visa responder à questão *o que é e como é* o Direito, não lhe importando saber como deveria ser o Direito. Assim, ele desenvolve uma teoria “purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural”¹⁴³. Contudo, nem sempre Kelsen se manteve fiel ao princípio da absoluta separação entre o *ser* e o *dever ser*, principalmente

¹³⁸ CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 419.

¹³⁹ ARIZA, Santiago Sastre. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009. p. 246.

¹⁴⁰ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 82.

¹⁴¹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 34.

¹⁴² CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 458.

¹⁴³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. XI.

quando ele diz que a vigência de uma norma jurídica depende, até certo ponto, de sua efetividade no meio social. Outro ponto seria a incongruência da independência do Direito aos fatos não jurídicos e a necessidade para ciência jurídica, em última instância, de um “fato fundamental”¹⁴⁴.

Ao tratar do secular problema entre direito e sanção, Kelsen assevera categoricamente que o “direito é organização da força, disciplina do uso da força, em certo contexto nacional ou internacional”¹⁴⁵. Para o doutrinador austríaco, o Direito não pode ser confundido como uma regra isolada; eis que ele é “um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema”¹⁴⁶. Em relação à justiça, esta deveria estar dentro de um “terreno seguro de uma ordem jurídica determinada. Nesse sentido, a ‘justiça’ significa legalidade; é ‘justo’ que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deve ser aplicada”. Em resumo, diz Kelsen¹⁴⁷ que a justiça, no aspecto de legalidade, “é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com a sua aplicação”.

Outrossim, digno de registro é o ensino de Kelsen em relação às normas gerais criadas por atos judiciais. Para ele, a decisão judicial pode criar uma norma geral, tendo força de obrigatoriedade não apenas em relação ao caso concreto, mas também para outros casos semelhantes tratados pelo tribunal. A decisão de um tribunal apenas assumiria o caráter de precedente obrigatório em relação às decisões futuras “por meio de uma generalização de uma norma individual criada pela primeira decisão. É a força de obrigatoriedade da norma geral assim obtida que é a essência de um chamado precedente”. Kelsen não ensinava em seus escritos a ideia estrita de um juiz boca da lei. Pelo contrário, “a função criadora do direito dos tribunais é especialmente manifesta quando a decisão judicial tem o caráter de um precedente, ou seja, quando a decisão judicial cria uma norma geral”¹⁴⁸.

Kelsen¹⁴⁹ refutou expressamente a doutrina do americano J. C. Gray, segundo o qual não existiria direito antes da decisão judicial e que todo direito seria criado pelos tribunais.

¹⁴⁴ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 358.

¹⁴⁵ CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen**. Tradução de Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 471.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado (1945)**. Tradução de Luís Carlos Borges. 1. ed. Brasília: Martins Fontes, 1998. p. 5.

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado (1945)**. Tradução de Luís Carlos Borges. 1. ed. Brasília: Martins Fontes, 1998. p. 20.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado (1945)**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. Brasília: Martins Fontes, 1998. p. 216.

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado (1945)**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. Brasília: Martins Fontes, 1998.

Também, como já se disse, rejeitou a tese segundo a qual tribunais apenas aplicam o direito. No seu entender, o direito é preexistente e apenas ele teria o dever de autorizar o tribunal a ir além do direito substantivo dado¹⁵⁰.

De acordo com Kelsen¹⁵¹, a única norma que não encontra critério de validade em nenhuma outra é a norma fundamental¹⁵² (*Grundnorm*). Esta deve ser pressuposta, de maneira hipotética ou imaginária, capaz de oferecer fundamento “às normas jurídicas situadas no topo da pirâmide”¹⁵³. O conceito de direito para Kelsen forma-se a partir das relações de validade e norma fundamental. Ensina Möller¹⁵⁴ que a primeira representa a relação de validade entre normas de hierarquia diversa e, a segunda, uma norma pressuposta com a finalidade de manter a Teoria pura, ou seja, livre de qualquer intromissão de elementos externos.

Möller¹⁵⁵ apresenta duas problemáticas em relação à Teoria Pura. O primeiro problema se refere ao modo como esta teoria deveria se relacionar com a pressão exercida por conteúdos valorativos e sobre a aplicação fática do direito, até porque a validade se relacionava simplesmente com critérios formais de produção, ou seja, a juridicidade da norma dependerá exclusivamente do modo de produção da norma.

Outro problema se refere à legitimação do sistema ser somente de cima para baixo, ou seja, a partir do topo da pirâmide. É problemática a assertiva segundo a qual a norma fundamental dependeria da criação prévia de um ordenamento inteiro. Acontece que é somente por uma Constituição que se pode pressupor a norma fundamental. Isso significa que a existência e a validade de todas as normas do ordenamento são anteriores à norma fundamental não só do ponto de vista cronológico, mas também do lógico. Tal pensamento com suporte

¹⁵⁰ “Evidentemente, as regras preexistentes que os tribunais aplicam nas suas decisões não são profecias do que os Tribunais farão de fato. A regra que o juiz aplica ao caso concreto não diz ao juiz como ele efetivamente irá decidir, mas como ele deve decidir. [...] A regra que estabelece que algo é, ou será, não tem nada a dizer a um indivíduo que deseja saber como ele deve se conduzir”. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado (1945)**. Tradução de Luís Carlos Borges. 1. ed. Brasília: Martins Fontes, 1998. p. 171.

¹⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

¹⁵² “[...] a hipótese última do positivismo é a norma que autoriza aquele que foi historicamente o primeiro legislador. A função integral dessa norma básica confere poder criador de Direito ao ato do primeiro legislador e a todos os outros atos baseados no primeiro ato. A norma fundamental não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador de Direito. Ela não é – como é a norma jurídica positiva – válida por ser criada de certa maneira por um ato jurídico, mas é válida por ser pressuposta como válida; e ela é pressuposta como válida porque sem essa pressuposição nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico e, especialmente, como ato criador de direito”. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado (1945)**. Tradução de Luís Carlos Borges. 1. ed. Brasília: Martins Fontes, 1998. p. 121.

¹⁵³ Cf. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 62.

¹⁵⁴ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁵⁵ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

metafísico de inspiração neokantiana se desvia dos modelos anglo-saxônicos que concebem a elaboração do direito como um processo que vai de uma base social até a estruturação das instituições: de baixo para cima.

Não obstante seu brilhantismo intelectual e teórico, inúmeras são as críticas à teoria proposta por Kelsen. Somek¹⁵⁶ critica o fechamento normativo de Kelsen em virtude de sua alienação à realidade capaz de gerar um “pessimismo sem fim”. Comparato¹⁵⁷ lamenta que a “mediocridade” do utilitarismo ético de Bentham e Austin – de que a ética “deveria ser transformada numa ciência positiva da conduta humana” – tenha sido seguida por Kelsen na elaboração da “teoria pura do direito” e de outros conceitos como “ética científica”, “teoria científica do direito”, “conhecimento científico do direito positivo” e “jurista científico”.

2.2.2.3 O Positivismo Jurídico em H. L. A. Hart

A partir de Hebert Hart (1907-1992), o positivismo jurídico passou a ser visto sob uma nova perspectiva, uma vez que ele o aproximou da jurisprudência analítica anglo-saxônica. Sua ousadia teórica residuiu em responder a uma intrigante pergunta: o que é o direito?

Esse tema foi devidamente abordado em sua obra publicada em Londres pela primeira vez em 1961¹⁵⁸ e intitulada *The concept of law* cuja tradução para o português é “*O conceito de direito*”. Dworkin, um grande crítico de Hart, considera o referido livro uma “obra representativa do **moderno positivismo jurídico**, distinguindo-o, porém, das versões anteriores, como as de Bentham e Austim, principalmente por rejeitar as teorias imperativas do direito” e a ideia de que “toda a lei é emana de um indivíduo ou corpo legislativo soberano juridicamente ilimitado¹⁵⁹”.

O objetivo de Hart foi o de apresentar uma teoria do direito (*legal theory*) geral e descritiva (*descriptive legal theory*). Geral porque não se vincularia qualquer sistema jurídico ou cultura jurídica e descritiva pois “é moralmente neutra e não tem fins de justificativa”¹⁶⁰. Essa postura difere por completo de Dworkin que denomina a teoria do direito de *jurisprudence* cuja tarefa central é interpretativa. Para Hart, a teoria do direito de Dworkin tem caráter

¹⁵⁶ Cf. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 62.

¹⁵⁷ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 351.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.

¹⁵⁹ HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 316.

¹⁶⁰ HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 309.

“parcialmente avaliativo e justificatório, bem como dirige-se a uma cultura jurídica específica, geralmente a do próprio teórico”¹⁶¹.

Um ponto fundamental da teoria hartiana diz respeito aos critérios últimos de validade jurídica. Dworkin acusava o seu positivismo jurídico de “positivismo dos simples fatos” (*plain-fact positivism*) como se os critérios para identificação do direito “precisassem consistir apenas em fatos históricos”¹⁶². De acordo com Hart¹⁶³, “os critérios últimos de validade jurídica podem incorporar explicitamente, além do *pedigree*¹⁶⁴, *princípios de justiça* ou *valores morais* substantivos, e estes podem integrar o conteúdo das restrições jurídicas constitucionais”. Logo, não é possível acusar Hart, como o fez Dworkin, de defender um positivismo dos simples fatos.

Outra questão importante é que a teoria do direito desenvolvida por Hart não pretende identificar “o escopo ou objetivo do direito ou das práticas jurídicas enquanto tais”, pois seria “totalmente inútil buscar qualquer objetivo mais específico ao qual o direito como tal possa servir, além daquele de constituir um guia para conduta humana e oferecer critérios para sua crítica”¹⁶⁵.

A teoria hartiana, portanto, passa a ser denominada pela doutrina de positivismo brando (*soft positivism*) uma vez que a “norma de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores e substantivos”¹⁶⁶.

A sua regra de reconhecimento afasta a natureza metafísica kelseneana e adquire uma natureza fática, uma vez que depende do reconhecimento e adesão prestados por todos aqueles que pertencem ao sistema jurídico. O direito é visto por ele como fato social, o qual pode ser descrito sem argumentos metafísicos ou valorativos.

As bases de fundamentação de Kelsen e Hart são totalmente opostas. Enquanto o primeiro se baseia em um argumento de cunho transcendental na norma fundamental, Hart fundamenta sua regra de reconhecimento a partir de fatos sociais, sustentando sua teoria na análise hermenêutica e na filosofia da linguagem. A importância da teoria hartiana para o positivismo jurídico como teoria é sem precedentes, pois ele despertou o interesse pelo

¹⁶¹ HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 310.

¹⁶² HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 319.

¹⁶³ HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 320.

¹⁶⁴ Diz Hart que “embora meus principais exemplos dos critérios oferecidos pela norma de reconhecimento envolvam aquilo que Dworkin chamou pedigree, ocupando-se apenas com a maneira como as leis são adotadas ou criadas pelas instituições jurídicas e não com seu teor”. Na verdade, o pedigree seriam os fatos simples. HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 319.

¹⁶⁵ HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 321.

¹⁶⁶ HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 323.

positivismo jurídico nos sistemas anglo-saxônicos que sempre o viram como uma teoria associada ao formalismo legal ou como a teoria que se desinteressava por critérios de justiça¹⁶⁷.

Hart insere no formalismo jurídico a ideia de jurisprudência como verdadeira fonte do direito, assim como entende fundamental para a ciência do direito a necessidade de considerações linguísticas. Sua teoria da linguagem teve profunda influência de Wittgenstein (1889-1951). Para Bianor Arruda Bezerra Neto¹⁶⁸, o filósofo de Viena compreendia que a linguagem não pode expressar juízos de valor absoluto (sobrenaturais) diante da ausência de condições de verificabilidade (que possibilite a definição), mas somente significados e sentidos naturais. A realidade, segundo sua filosofia da linguagem, seria a totalidade dos fatos que se tornariam, então, uma expressão da realidade manifesta pelos seres humanos através da linguagem.

A teoria positivista tomou novo rumo a partir de Hart, que também concebia o direito como um fato social, contudo não considerava que a sua validade pertencesse a um sistema de normas – como pensava Kelsen. Para o emérito professor de Oxford, a validade de uma norma primária (direcionada aos cidadãos) é determinada pelas regras secundárias (direcionadas aos operadores do sistema, ou seja, àqueles com competência para identificar as normas, modificá-las e aplicá-las) ou, em último caso, pela regra de reconhecimento (*rule of recognition*), que passa a existir a partir da aplicação prática das regras secundárias, o que faz da existência uma questão de fato, de práticas sociais (*a matter of fact*).

Como ensina Dimoulis¹⁶⁹, “a regra de reconhecimento depende (e decorre) da conduta dos agentes estatais, dos tribunais e dos particulares”, sendo, portanto, objeto de uma questão empírica. Em suma, é realizada pela prática jurídica de cada nação, uma vez que ela não está “formulada de forma explícita no âmbito do ordenamento e nem poderia sê-lo”. Hart deixa claro em seu pós-escrito que a norma de reconhecimento não possui o objetivo de excluir toda e qualquer incerteza, “a qualquer custo, no que se refere a outros valores”. No seu entender, a existência de muitas normas jurídicas recomenda a tolerância a “uma certa margem de incerteza” para composição, por exemplo, de um caso inédito¹⁷⁰.

¹⁶⁷ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁶⁸ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** 1. ed. São Paulo: Noeses, 2017, p. 41.

¹⁶⁹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 63.

¹⁷⁰ HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 325.

Importa em relevante inovação para a teoria do direito contemporâneo a ideia segundo a qual é possível a alteração da regra de reconhecimento pela aplicação judicial mediante influência da linguagem na definição do conteúdo jurídico, ou seja, sua teoria ganha relevo através da combinação entre a teoria do fato social, análise hermenêutica e teoria da linguagem que passa a conceber um conceito de direito a partir de um processo de formação da norma, diferentemente do entendimento kelseniano, que reduz o conceito de direito ao de sistema de normas¹⁷¹.

As amplas zonas de incerteza, os casos juridicamente não regulados, as imprecisões de sentido, as estruturas abertas, gerais e abstratas das regras jurídicas, a impossibilidade de sentido único e inequívoco das normas, em resumo, o caráter incompleto do direito, exigem como condição *sine qua non* na contemporaneidade um exercício da interpretação unificada pelos tribunais (precedentes) como forma de garantir a igualdade, a segurança e a previsibilidade do sistema. Deste modo, como ensina Hart¹⁷², será a própria prática jurídica que definirá uma norma como jurídica ou não.

Como se vê, em Hart, as fontes do direito passam a residir tanto na legislação quanto nos precedentes¹⁷³. Ambos constituem fontes de direito cuja competência é dada pela regra de reconhecimento, daí a sua autoridade. Através da prática jurídica, serão construídos significados jurídicos aos termos abertos, permitindo, assim, a possibilidade de serem incorporados elementos teoricamente externos ao direito.

O próprio Hart¹⁷⁴ reconhece que existem inúmeros pontos de contato entre o direito e a moral. De acordo com o filósofo do direito inglês:

Não se pode negar em sã consciência que o desenvolvimento do direito tem de fato sido influenciado, em todos os tempos e lugares, tanto pela moral quanto pelos ideais convencionais de grupos sociais específicos, e também por formas esclarecidas de crítica moral oferecidas com insistência por alguns indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral comumente aceitas.

¹⁷¹ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁷² HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

¹⁷³ Sobre a ideia de “tese jurídica” e precedentes ver BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** 1. ed. São Paulo: Noeses, 2017, p. 321-331; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

¹⁷⁴ HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 239.

Na ótica de Dimoulis¹⁷⁵, “é impossível haver um Direito válido sem referência a fatos sociais relacionados com a sua eficácia social, isto é, sem que o Direito seja, grosso modo, respeitado pelos seus destinatários”.

Entanto, é preciso deixar muito claro que Hart não condiciona a validade do direito à moral, ou seja, a moral não é condição de juridicidade, mas ela *pode ser*. Möller¹⁷⁶ pondera que, muito embora a regra de reconhecimento de Hart dependa dos critérios estabelecidos pelos operadores do sistema, ela não sofrerá “contaminação” por questões morais, pois a decisão que prevalecerá não será a individual, ou a que possua a melhor justificativa ou o melhor conceito, mas aquela originária da convergência entre decisões de vários magistrados ou tribunal da mais alta hierarquia.

A complexidade acerca da formação do Direito não se atém apenas a questões de critérios materiais ou formais, mas também àqueles ligados aos problemas de justificativa, hermenêuticos, filosóficos e de linguagem, uma vez que a atribuição de sentido jurídico aos termos normativos dependerá da atividade dos operadores jurídicos.

2.2.3 Conclusões Parciais

Neste tópico, houve o estudo do positivismo jurídico em duas partes. Na primeira, foram estudados os seus pressupostos históricos e teóricos através da evolução da relação entre o direito natural e o direito positivo, bem como as influências decorrentes da escola exegetica da França mediante o Código de Napoleão e da escola histórica do direito na Alemanha e sua respectiva pandectista. Ainda na primeira parte, foi apresentado um pensamento introdutório acerca dos principais teóricos positivistas do século XIX, Bentham e Austin.

No segundo momento, o positivismo jurídico foi abordado a partir de seus dois maiores teóricos no século XX, Kelsen e Hart cuja teoria, embora distinta, contribuiu decisivamente para a evolução da teoria do direito, especialmente no que se refere à relação do direito com a moral.

¹⁷⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 65.

¹⁷⁶ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 87.

2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO

Conforme dito, o termo *neoconstitucionalismo teórico* não significa neste trabalho uma concepção jurídica que visa suceder o positivismo jurídico mediante uma doutrina pós-positivista. Muito pelo contrário, visa afirma-lo mediante uma conjugação das racionalidades jusnaturalista e positivista (positivismo jurídico brando) com o objetivo de fazer compreender o atual cenário constitucional.

2.3.1 Questões Preliminares: a era do Estado legislativo liberal

O Estado legislativo liberal, objetivando a certeza e a segurança, foi o remédio utilizado pela burguesia para colocar limites no antigo regime absolutista, e, para alcançar este intento, alçou a lei como ato supremo para suplantiar toda a tradição jurídica absolutista. De acordo com Carl Schmitt¹⁷⁷, a lei passou a ser o limite da liberdade, e o absolutismo do rei foi suplantado pelo absolutismo parlamentar, que impôs a redução do direito à lei, uma vez que a produção daquele deveria se resumir exclusivamente ao Legislativo. A lei, portanto, passa a ser a única fonte do direito, que não mais poderia se valer da jurisprudência e da tese dos doutores¹⁷⁸. Era a vontade popular produzida no Parlamento através da lei impondo limites ao Rei.

As ideias iluministas, somadas à necessidade de segurança jurídica capaz de conferir estabilidade à industrialização do Estado Liberal, fortaleceram a valorização dos preceitos legais, isto é, a redução do jurídico ao legal, e impulsionaram o desenvolvimento da Escola da Exegese, na França, e da Escola Histórica do Direito, na Alemanha, responsáveis pelo movimento de codificação.

Em resumo, é possível dizer que o pensamento jurídico do século XIX foi profundamente influenciado por estas duas correntes de pensamento: através do sistema

¹⁷⁷ SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Presentación de Francisco Ayala. Primera edición. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1982. Cuarta reimpresión. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2003.

¹⁷⁸ É preciso não confundir os efeitos sobre o direito operados pela Revolução Gloriosa de 1688 e pela Revolução Francesa de 1789. Marinoni, Arenhart e Mitidiero ensinam que “nesse sentido se pode dizer que na Europa continental o absolutismo do rei foi substituído pelo absolutismo da assembleia parlamentar. Daí a impossibilidade de confundir o *Rule of Law inglês* com o princípio da legalidade. O parlamento inglês eliminou o absolutismo, ao passo que a assembleia parlamentar do direito francês, embora substituindo o rei, manteve o absolutismo através do princípio da legalidade. Diante disso, e grosso modo, no direito inglês a lei (o Statutory Law) pôde ser conjugada com outros valores e elementos, dando origem a um sistema jurídico complexo – o Common Law –, enquanto nos países marcados pelo princípio da legalidade o direito foi reduzido à lei”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1. p. 32.

francês, por meio do Código Napoleônico, e do sistema alemão, mediante a Pandectista, ambas já estudadas em tópico anterior

Sob o paradigma da razão e na tentativa de frear os absurdos cometidos pelo Estado Absolutista, a lei passou a um patamar ainda mais formal, estratificado, abstrato e coercitivo. A ordem jurídica, em vez de garantir a segurança apenas entre os cidadãos (Estado Absolutista), passou a assegurá-la contra o próprio Estado (Estado Liberal), especialmente através das declarações de 1776 e 1789.

A subsunção tornou-se o método clássico de aplicação legal em que o intérprete da norma jurídica toma uma norma como premissa maior e o fato como premissa menor, subsumindo este, então, à hipótese prevista naquela. Em consonância com o positivismo jurídico, a discussão acerca do que é justo cede espaço para uma mera análise formal do direito, restando prejudicada, portanto, a própria aplicação do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana.

Com o positivismo jurídico, especialmente em seu viés ideológico, a juridicidade da norma perdeu a correlação com a justiça, pois o interesse do Estado Legislativo passou a ser a existência ou não de autoridade daquele dotado de competência normativa. A lei tornou-se a expressão máxima da razão e da justiça uma vez que ali estava a representação popular à qual deveria o Poder Judiciário dever obedecer. A problemática consolidou-se ainda mais com a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, segundo o qual todo julgamento deveria ser uma atividade intelectual meramente cognitiva e logicista incapaz de produzir novos direitos. As decisões judiciais deveriam refletir com exatidão o texto da lei, até porque antes da Revolução Francesa a investidura dos cargos de juízes ou ocorria mediante a aquisição hereditária ou através da compra e venda, revelando, assim, uma profunda e inequívoca vinculação dos magistrados com os ideais absolutistas dominantes¹⁷⁹.

Era a vontade popular produzida no Parlamento através da lei impondo limites ao Executivo e ao Poder Judiciário.

A preocupação do Estado legislativo liberal residia na sua defesa contra os possíveis abusos cometidos pelo próprio Estado. Uma sociedade verdadeiramente livre necessitava da previsibilidade e da certeza do direito enquanto garantidor da liberdade. Um ordenamento abstrato tinha capacidade de albergar qualquer situação concreta futura, bem como de evitar a

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

edição de novas leis. É importante informar que, de acordo com Zagrebelsky¹⁸⁰, a idade liberal encerrou-se em 1914, época em que o sistema normativo gravitava exclusivamente ao redor do Código Civil.

Todo esse movimento passa a ser denominado de *legicentrismo*, em que a lei passa a ser instrumento de interpretação da Constituição, delimitação de poder e manifestação da vontade popular, no sentido de conferir proteção, segurança (jurídica) e igualdade (formal). As leis e os códigos tinham, portanto, o dever de serem os mais claros e completos possíveis, no sentido de conferirem uma única interpretação, sem a necessidade de se recorrer às normas constitucionais.

A Constituição, portanto, não passava de uma carta política interpretada e aplicada através do instrumento legítimo de limitação do poder: a lei. Para Kelsen, a Constituição era uma norma *normaum* “encarregada somente de distribuir e organizar o poder entre os órgãos estatais”¹⁸¹. Acontece que o modelo formalista-liberal baseado no culto da lei sofreu um sério impacto quando estados totalitários manipularam a vontade popular e editaram leis que violaram gravemente valores fundamentais à própria existência humana.

2.3.2 O Pós-Guerra: do constitucionalismo político ao constitucionalismo jurídico

Após a Segunda Guerra Mundial, uma nova cultura jurídica instalou-se através do fenômeno denominado de constitucionalização jurídica, em que todo o ordenamento jurídico passaria a sofrer influência de padrões valorativos mínimos em um sentimento jurídico de justiça. Era necessário atribuir limites perenes ao direito através de balizas mínimas capazes de evitar as atrocidades eventualmente originárias de uma vontade popular.

As atrocidades cometidas pelo nazismo e pelo fascismo dentro do quadro da legalidade trouxeram profundo abalo ao pensamento positivista e elevaram o debate quanto à primazia jurídica da Constituição sobre as instituições e qual lugar ela deveria ocupar¹⁸². O pós-guerra suscitou um repensar sobre o papel das constituições enquanto instrumentos limitativos do poder¹⁸³.

¹⁸⁰ ZAGREBELSKI, Gustavo. A lei, o direito e a constituição. COLÓQUIO COMEMORATIVO DO XX ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. Lisboa, 28 nov. 2003. **Anais...** Lisboa: Tribunal Constitucional Português, 2003.

¹⁸¹ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 47.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 81, p. 233-289, 2005.

¹⁸³ GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoria constitucional**. Tradução de Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2012.

De acordo com Carbonell¹⁸⁴, a partir dos textos fundamentais do pós-segunda guerra da Itália (1947), da Alemanha (Lei Fundamental de Bonn, 1949), de Portugal (1976) e da Espanha (1978), o constitucionalismo deixou de lado o modelo estático e partiu em direção a uma evolução de muitos sentidos fundamentados em um novo paradigma de Estado constitucional.

O constitucionalismo chegou vitorioso no início do milênio, trazendo ao imaginário das pessoas três ideias fundamentais: (i) legitimidade baseada na soberania popular como base da vontade popular devidamente expressada através do poder constituinte; (ii) limitação do poder mediante repartição de competências, decisões tomadas mediante procedimentos preestabelecidos, respeito aos direitos individuais e das minorias; (iii) valores devidamente incorporados à Constituição como fruto de lutas acumuladas historicamente¹⁸⁵.

Após a segunda guerra mundial, portanto, em contraste ao constitucionalismo político, inicia-se a fase do constitucionalismo jurídico ou processo de constitucionalização do ordenamento jurídico. Para Guastini¹⁸⁶:

un ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales

Todo esse movimento jurídico decorrente da profunda mudança paradigmática passou a ser denominado por certos autores nos países de sistema da *civil law* de *neoconstitucionalismo*, que no Brasil teria tido seu marco histórico apenas com a Carta de 1988.

A vontade popular produzida pelo Poder Legislativo através da lei que antes impunha limites ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário passa a ser regulada em seu conteúdo formal e material pela Constituição cujo guardião passa a ser uma Suprema Corte. Observa-se na história uma alternância de poderes que se iniciou com a soberania do Executivo (despótico) que editava a lei e nomeava os juízes. Posteriormente, a primazia passou para o Legislativo que regulava o Executivo e o Judiciário por intermédio da soberania popular, diga-se, legal. Ao final, sob o argumento de proteger valores superiores e fomentar a “justiça”, tanto o Legislativo quanto o Executivo passam a sofrer certa regulamentação pelo Judiciário, notadamente através da Suprema Corte.

¹⁸⁴ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁸⁶ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Tradução de Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2012. p. 49.

Em outras palavras, a partir do constitucionalismo jurídico, as constituições ganharam força normativa e deixaram de ser mera carta de intenções. O constitucionalismo político (ou constitucionalismo liberal que tinha como fundamento o direito de propriedade e a liberdade contratual) cedeu espaço para um constitucionalismo jurídico; o Estado Legislativo de Direito cedeu espaço para o Estado Constitucional de Direito. Nesse contexto, o Poder Judiciário teria assumido um papel protagonista, passando a exercer influência direta sobre as atividades legislativa e jurisdicional pública e privada. Além disso, verifica-se que tanto o legislador quanto o julgador passaram a se submeter às determinações constitucionais.

Historicamente, portanto, é possível verificar – no contexto ocidental da *Civil Law* – uma tentativa constante de evitar a manipulação do poder, representado pela lei. Contra o abuso do Poder Executivo (aqui representado em sua maioria pelos Monarcas), baseado na interpretação iluminada do clero, insurgiu-se o Poder Legislativo com a ideia de vontade popular. Sob o argumento de manipulação desse arbítrio coletivo, apareceu o Poder Judiciário com a ideia de princípios constitucionais interpretativos da lei.

Em suma, segue-se historicamente a trajetória de quem cancelava a “última palavra” da seguinte maneira: o Executivo foi suplantado pelo Legislativo, que foi suplantado pelo Judiciário. Fica evidente que a linguagem aqui utilizada é meramente didática para melhor compreensão do leitor.

Na sequência desse raciocínio, a grande pergunta que se faz é: diante da histórica manipulação do poder, conforme visto acima, como impedi-la sobre a interpretação dos princípios constitucionais? Se antigamente, falava-se em manipulação da vontade popular, não é possível atualmente se falar em manipulação da vontade judicial? Eis uma intrigante pergunta que tangencia o debate abordado neste livro.

2.3.3 Tipos de Constituição: Constituição-lei, Constituição-fundamento e Constituição-moldura

Virgílio Afonso da Silva¹⁸⁷ compreende que é pressuposto para qualquer trabalho acadêmico que enfrente – ainda que tangencialmente, como é o presente caso conforme se verá – a constitucionalização do Direito o debate acerca da “função da constituição”. Ele resume esse debate em duas perguntas fundamentais: “qual é o papel da constituição na ordem jurídica de um país?” e “que tipos de constituição são possíveis, no que diz respeito a esse papel e no

¹⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 123.

que diz respeito à sua relação com o direito privado?”¹⁸⁸. Neste norte, não basta apenas partir da premissa de que a Constituição “está no topo da pirâmide normativa”, pois “não se pode prescindir de uma definição sob qual é a relação existente entre a Constituição e o resto do ordenamento jurídico”¹⁸⁹.

Essa pergunta, de fato, é fundamental para o objeto do presente trabalho uma vez que: (i) efetua um corte metodológico para melhor compreensão da proposta deste primeiro capítulo teórico (apresentação de um neoconstitucionalismo teórico como espaço constitucional para a realização da dignidade humana no Direito Civil¹⁹⁰); (ii) estabelece as bases teóricas para a compreensão da relação entre Direito Civil e Direito Constitucional efetuada pelas “duas escolas” de Direito Civil (Escola da UERJ de um lado e da USP do outro) que serão analisadas no terceiro capítulo.

Virgílio Afonso da Silva¹⁹¹ aponta a existência dos seguintes tipos de Constituição:

(a) Constituição-lei, cujo principal defensor teria sido Gerhard Anschütz no final do século XIX. Este tipo de Constituição teria uma função meramente indicativa sem qualquer vinculação por parte dos órgãos do Estado e dos particulares. A constituição seria “uma lei como qualquer outra”. A compreensão desse tipo teria importância atual em virtude da relação entre a função da Constituição e a atividade legislativa ordinária, ou seja, o debate envolvendo a supremacia do parlamento entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin.

(b) Constituição-fundamento ou constituição-total, marcada pelo exemplo da teoria da Constituição aberta¹⁹² de Peter Häberle¹⁹³. Outro exemplo dessa seria o de constituição

¹⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 109.

¹⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 110.

¹⁹⁰ É necessária a fixação de um filtro teórico para o valor da dignidade humana reconhecido em 1948 ingressar no ordenamento jurídico, ganhar status de princípio e se irradiar a partir da Constituição para o Direito Civil, sob pena de prejudicar a sua própria compreensão e aplicação, ou seja, a sua realização.

¹⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁹² “[...] a ideia central desse conceito consiste na reivindicação de que a Constituição é a lei fundamental, não somente de toda atividade estatal e das atividades relacionadas ao estado, mas também a lei fundamental de toda a vida social [...] Segundo Häberle, todo aquele que vive o que é regulado pela norma constitucional é também um intérprete dela. Isso significa que praticamente todas as ações humanas seriam ao mesmo tempo reguladas pela Constituição e uma manifestação de uma interpretação constitucional, o que teria como consequência o fato de que nenhuma área da vida teria independência das normas constitucionais. [...] Não é difícil notar que, para os outros ramos do direito, essa concepção de Constituição deixa pouco ou nenhum espaço livre. Na pena irônica de Forsthooff, tudo seria definido pela Constituição, até mesmo a produção de termômetros para a febre”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 113.

¹⁹³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

dirigente que teria por objetivo o de fixar um plano de ação para a transformação da sociedade. Esta seria a pressuposta por grande parte da doutrina brasileira¹⁹⁴. Este seria o tipo de constituição que serviria de base para o modelo neoconstitucional teórico apresentado logo a seguir, bem como o adotado pela “primeira escola” de Direito Civil conforme se verá mais adiante.

(c) Constituição-moldura é considerada uma das mais aceitas no debate jurídico-constitucional alemão e com pouquíssima aceitação no Brasil. Este tipo, ao que parece, é o acolhido pela “segunda escola” de Direito Civil e, em especial, por Virgílio Afonso da Silva, que adota um modelo não liberal (Bockenforde) baseado em uma compatibilização com a “ideia de direitos fundamentais como mandamentos de otimização”¹⁹⁵. Nesse modelo, a Constituição serviria de limites para a atividade legislativa, ou seja, à jurisdição constitucional competiria a tarefa de controlar se o legislador age dentro da moldura, pois nem tudo estaria predefinido pela Constituição. A definição da largura da moldura, que funcionaria como simples limitação ao poder estatal, seria a tarefa da interpretação constitucional. Essa ideia evitaria a politização da Constituição; eis que a concretização da Constituição ou sua modificação seriam juízos reservados exclusivamente à política¹⁹⁶.

Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, a função da Constituição como moldura significa que a Constituição e os direitos fundamentais não instituem deveres e vedações, mas também “deixam espaços abertos, para os quais a Constituição não tem uma resposta e que devem, por conseguinte, ser preenchidos pelo legislador e, subsidiariamente, pelos operadores do direito e pelos particulares na suas relações entre si”¹⁹⁷.

Ingo Sarlet¹⁹⁸ sobre a temática faz o seguinte apontamento:

¹⁹⁴ “Diante de uma concepção assim expansiva de Constituição, é natural que a liberdade legislativa e, especialmente, a liberdade de conformação dos outros ramos do direito, tendam a ser mitigadas, e que todo direito e toda atividade legislativa sejam encarados como meros instrumentos de realização da Constituição”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 114.

¹⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 126.

¹⁹⁶ “Já a judicialização da Constituição seria consequência do que aqui se chamou de Constituição-fundamento ou Constituição-total. Se todo ordenamento jurídico é meramente o desenvolvimento do texto constitucional, o caminho para o estado Judiciário estaria aberto, pois ao legislador, como mero intérprete concretizador da Constituição, não sobraria nenhuma liberdade de conformação e a atividade jurisdicional, como forma de garantia Constituição-fundamento, passaria a primeiro plano”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 117.

¹⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 120.

¹⁹⁸ A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007b. p. 123-124.

No caso do Brasil, a despeito das constantes e significativas reformas constitucionais levadas a efeito, que atenuaram em muito o caráter prevalentemente estatizante, interventivo e nacionalista do texto originalmente aprovado pelo constituinte, a Constituição de 1998 segue correspondendo mais a um modelo constitucional dirigente do que a uma Constituição do tipo “quadro” ou “moldura”, o que indubitavelmente implica em limites mais acentuados à liberdade de conformação do legislador e da administração pública, bem como reforça a possibilidade de controle jurisdicional (o que também decorre das competências e instrumentos colocados à disposição do poder judiciário) dos atos legislativos e administrativos.

Registre-se que esse trabalho se aproxima da construção elaborada pela segunda corrente, ou seja, que compreende a função da Constituição como um fundamento maior capaz de servir como vetor interpretativo. Entretanto, o grande problema não é o fato de a Constituição ter a função vetorial interpretativa, mas como isso acontece, especialmente quando se trata de direitos fundamentais com baixa densidade normativa.

2.3.4 Neoconstitucionalismo: conceito, características e desafios

Sarmiento¹⁹⁹ elucida que o termo “neoconstitucionalismo” não é utilizado no debate constitucional norte-americano tampouco no alemão, contudo sua formulação decorre da Espanha e da Itália, em especial através da importante “coletânea intitulada Neoconstitucionalismo(s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003”.

Möller²⁰⁰ entende correta a referida nomenclatura, “porquanto a utilização do prefixo ‘neo’ destaca a clara distinção entre o modelo constitucional atual em relação ao constitucionalismo moderno”. Entende o referido autor que restariam inúteis as demais denominações para tratar de especificidade do chamado neoconstitucionalismo, notadamente no que tange ao pós-positivismo como a teoria do direito do neoconstitucionalismo capaz de

¹⁹⁹ SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 114.

²⁰⁰ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 27.

superar o positivismo jurídico incapaz de romper com o dogma da separação necessária entre direito e moral²⁰¹.

O emprego do termo neoconstitucionalismo já está consolidado na doutrina especializada sobre o tema, a exemplo, de estudiosos como Miguel Carbonell²⁰², Paolo Comanducci²⁰³, Luis Prieto Sanchís²⁰⁴, Santiago Sastre Ariza²⁰⁵ e Gustavo Zagrebelsky.

Contudo ainda não é tarefa fácil conceituar o neoconstitucionalismo, uma vez que o termo, além de se referir a diversos fenômenos distintos, engloba inúmeros assuntos complexos, tais como o Estado Constitucional de Direito, os direitos fundamentais, a teoria do direito, a democracia constitucional, a moral e a política.

Na visão de Otávio Luiz Rodrigues Junior²⁰⁶, não existe uma escola denominada de Neoconstitucionalismo, mas um grupo de escritores que, com fundamentos diversos, entendem que após a segunda guerra surgiu um ‘novo constitucionalismo’ marcado por uma plasticidade conceitual de difícil acordo semântico. A dificuldade conceitual faz com que certos autores, a exemplo de Carbonell²⁰⁷, tratem de neoconstitucionalismo(s).

Ariza²⁰⁸ sustenta a consolidação do neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo avançado ou constitucionalismo de Direito, para designar “*el nuevo modelo jurídico que representa el Estado constitucional de Derecho que existe en algunos países europeos, como por ejemplo Italia, Alemania y España*”.

O termo “neoconstitucionalismo” (ou neoconstitucionalismos) pode também ser considerada uma expressão utilizada para designar uma nova concepção do Direito constitucional, ou, como afirma Sanchis²⁰⁹, a expressão representa uma filosofia do Direito pluralista, que combina elementos tanto do jusnaturalismo quanto do positivismo jurídico.

²⁰¹ Neste ponto, é preciso discordar em absoluto com a ideia de um pós-positivismo como resposta à “incapacidade” de o positivismo jurídico romper com o dogma da separação necessária entre direito e moral, conforme se verá mais adiante.

²⁰² CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

²⁰³ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

²⁰⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

²⁰⁵ ARIZA, Santiago Sastre. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

²⁰⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 161.

²⁰⁷ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

²⁰⁸ ARIZA, Santiago Sastre. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009. p. 239.

²⁰⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

Conforme já explicitado, no que tange à aplicação de temas inerentes ao jusnaturalismo, é possível verificar a intervenção axiológica consoante a realidade em que se insere o aplicador da norma. Como explica Barcellos²¹⁰, os direitos fundamentais surgem nesta nova forma de constitucionalismo como elementos valorativos vitais do Estado democrático de Direito oponíveis a qualquer grupo político e capazes, também, de prescrever as regras procedimentais essenciais para o exercício da democracia.

Em suma, como garantidora da legitimidade moral e material do Estado Democrático, a Constituição passa a ter a função de proteger o conteúdo ético dos direitos fundamentais²¹¹ e o Poder Judiciário passa a ser o órgão estatal com competência de dar a última palavra no que tange a essa proteção.

Paolo Comanducci²¹² apresenta formas do que ele chama de (neo)constitucionalismo, através de uma análise metateórica. Aqui não é o espaço para esta análise em profundidade, contudo, é relevante a distinção terminológica dos termos “constitucionalismo” e “neoconstitucionalismo”, a partir de duas acepções. Na primeira acepção, ambos os termos significam uma teoria, uma ideologia e um método de analisar o direito. Esta divisão se baseia na tripartição de Bobbio²¹³ em relação ao positivismo jurídico (teórico, ideológico e metodológico). Na segunda, os dois termos significariam um modelo constitucional, “*o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados em um sistema jurídico-político historicamente determinado, que limitam los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales*”.

No Brasil, vale destacar a doutrina de Luís Roberto Barroso²¹⁴ que identifica o neoconstitucionalismo com “uma série de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional” após a 2ª Guerra e cujo marco filosófico seria o pós-positivismo caracterizado pela força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma “nova dogmática da interpretação constitucional”.

²¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, v. 15., jan.-mar. 2007.

²¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

²¹² COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009. p. 75.

²¹³ **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.

²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 28.

Möller²¹⁵ atribui-lhe o conceito a um movimento próprio do constitucionalismo contemporâneo, “que implica, fundamentalmente, a mudança de atitude dos operadores jurídicos, a qual determina consideráveis alterações da prática jurídica”.

Em relação às características do neoconstitucionalismo, Guastini²¹⁶ aponta as seguintes: (i) constituição rígida (escrita, hierarquicamente superior e com quórum qualificado para alterações de normas constitucionais); (ii) garantia jurisdicional da Constituição (visa dar efetividade ao texto constitucional através de um Tribunal Constitucional); (iii) força vinculante da Constituição (reposicionamento da Constituição como fonte do direito e atribuição de seu caráter normativo²¹⁷); (iv) *sobreinterpretación* da Constituição (interpretação extensiva principiológica para extração de normas implícitas; preenchimento das lacunas do ordenamento jurídico pela Constituição); (v) aplicação direta da constituição (íntima relação com o controle de constitucionalidade e reação do sistema jurídico em virtude da inércia do legislador). Esta é a base teórica da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, conforme se verá no último capítulo deste trabalho; (vi) interpretação das leis conforme a Constituição (a escolha de uma interpretação obrigatória à determinada lei diante da alta complexidade de interpretação principiológica); (vii) influência da Constituição nas relações políticas (não se pode confundir democracia com maioria irrestrita – subordinação do poder político e da escolha da maioria aos direitos fundamentais).

Ávila²¹⁸ informa as significativas mudanças constitucionais abordadas pela coletânea de Carbonell²¹⁹, o que representaria a característica do “neoconstitucionalismo neopositivista”: (a) princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); (b) ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); (c) justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); (d) Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e

²¹⁵ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 43.

²¹⁶ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Tradução de Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2012.

²¹⁷ A força normativa da Constituição gera, por consequência, métodos próprios de interpretação constitucional de acordo com certos princípios, tais quais a supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade das normas e dos atos do poder público, a interpretação conforme a Constituição, a unidade constitucional, a razoabilidade e a efetividade. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

²¹⁸ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito Da Ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 25 jul. 2019. p. 2.

²¹⁹ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

Executivo); (e) Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).

É preciso registrar que esta é a base constitucional teórica que mais se aproxima da primeira escola de Direito Civil consoante argumentação pormenorizada a ser realizada no terceiro capítulo deste trabalho.

Sob um olhar mais crítico, Streck²²⁰ ensina que a bandeira neoconstitucionalista defende um direito constitucional da efetividade assombrado pela ponderação de valores, uma concretização *ad hoc* da Constituição, e “uma pretensa constitucionalização do ordenamento, a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais como neoprocessualismo (*sic*) e neopositivismo (*sic*)”. Tudo isso por causa da pretensa ideia de que a jurisdição seria “responsável pela incorporação dos verdadeiros valores que definem um direito justo”.

Dentre outros autores²²¹ que mantêm uma linha crítica em relação ao neoconstitucionalismo, Galvão²²² conclui sua tese doutoral apresentando a seguinte argumentação:

Como consequência dessa lógica, o trabalho dos neoconstitucionalistas tem sido basicamente o de desenvolver instrumentos que possibilitem uma atuação judicial mais expansiva e criativa. Hércules virou Zeus. Razoabilidade, proporcionalidade, constitucionalização do Direito, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, derrotabilidade das normas jurídicas, força normativa da Constituição, sobreinterpretação constitucional, filtragem constitucional etc., são todas expressões que possuem em comum o fato de conferirem aos juízes um maior poder de interferência na realidade social. Normas e regras jurídicas fazem parte de um vocabulário antiquado. Fala-se agora em princípios, valores, fins, standards, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, enfim, toda matéria-prima que confere maior margem à manipulação dos resultados por parte dos intérpretes. A indeterminação dos textos legais é paradoxalmente festejada e admirada. Quanto mais abstrato, mais sentido tem. O que tem significado é que é insignificante.

²²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli et al.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 62.

²²¹ “No Brasil, em especial no que toca aos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, essa crise de mentalidade resta cristalizada na ‘nova hermenêutica’ constitucional, fundada num fluido pós-positivismo, que, por sua vez, caracterizaria o advento de um ‘neo-constitucionalismo’; termos esses que escondem, em realidade, uma atitude ideológica e militante do intérprete para se substituir aos demais níveis de produção jurídica. Isso resta ainda mais evidente quando se comprova - como feito ao longo deste trabalho - que dogmaticamente a ‘nova hermenêutica’ em nada difere da mais tradicional doutrina constitucionalista brasileira, apresentando como ‘novidades’ conceitos centenários do direito constitucional pátrio”. HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, v. 859, p. 81-91, maio 2007. p. 10.

²²² GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

A proposta de um *neoconstitucionalismo teórico* visa neste trabalho dialogar - sem com eles se confundir - tanto com o positivismo mais extremado - que se afasta por completo das questões valorativas ou morais - como com o neoconstitucionalismo neopositivista (ou pós-positivista ou constitucionalismo de princípios²²³) - que defende a inexistência hierárquica entre as normas (regras e princípios) diante da necessidade de realizar os fins constitucionalmente previstos.

É inevitável nesse contexto o conflito entre a democracia e o constitucionalismo, posto que ou se acolhe certo ativismo judicial com interferência real e significativa do Judiciário, ou se adota a legitimidade democrática do legislador, em primeiro plano. Nesse norte, é prudente encontrar no espaço democrático um ponto de equilíbrio institucional entre os valores defendidos pela maioria congressista e aqueles resguardados pela legítima função constitucional do Poder Judiciário²²⁴.

O neoconstitucionalismo, genericamente falando, traz consigo inúmeros e complexos desafios, em especial para o Direito Civil, que passa a sofrer forte influência da Constituição Federal de 1988. O problema não é a influência da Constituição Federal, *mas “como” ela ocorre*. Como se verá no quarto capítulo, o problema não é a “irradiação” dos direitos fundamentais no Direito Civil - esse fato é inquestionável - mas “como” ela ocorre, ou seja, qual é sua extensão e seus limites.

²²³ Möller, adepto de um constitucionalismo de princípios, aponta que o neoconstitucionalismo com todas as suas características de indeterminação e subjetividade do seu conteúdo, inclusive como um fenômeno que aproxima o *civil law* do *common law*, produz necessariamente uma mudança profunda na teoria do direito notadamente em virtude dos seguintes aspectos: (i) alteração nas fontes do direito; (ii) uma nova perspectiva da teoria da separação dos poderes que implica uma preponderância do Poder Judiciário e consequente ativismo judicial; (iii) mudança na teoria da interpretação; (iv) aproximação entre moral e Direito; (v) nova forma de relação entre constituição e democracia; (vi) possível superação do positivismo jurídico etc. MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

²²⁴ “O problema que se apresenta, em nossa ótica, está no fato de que na tarefa de analisar a juridicidade de decisões políticas, os intérpretes - sejam eles pertencentes ao Poder Judiciário ou outros órgãos, tais como os tribunais constitucionais - frequentemente enfrentam conceitos políticos; correndo o risco de, em nome de um controle de constitucionalidade, imporem suas próprias convicções políticas, algo a que não estariam democraticamente legitimados. Tal problema, conhecido como ativismo judicial, é grave em determinados ordenamentos; mas de forma alguma apresenta-se como incontornável. O problema, em nossa opinião, parece estar na necessidade de construção de uma sólida cultura constitucional. No momento em que se considera que o constitucionalismo propõe-se exatamente equilibrar os poderes estatais, de forma que não mantenham uma relação hierarquizada, assim como organiza uma divisão de competências de forma a atribuir tarefas preferenciais a cada poder, temos que a uma conscientização e a assunção de um compromisso com esses limites e autorizações constitucionais parecem suficientes para produzir no julgador motivos para respeitar competências alheias, mesmo que desconforme sua opinião própria”. MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 214.

Levando em conta a elevada abstração, ambiguidade, vagueza e porosidade que permeia a linguagem “valorativa” e/ou “jurídica” da dignidade humana, dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, tem-se no *neoconstitucionalismo teórico* uma proposta capaz de: (i) apresentar um conceito de direito que extraia elementos fundamentais tanto da racionalidade jusnaturalista quanto da racionalidade do positivismo jurídico; (ii) analisar a melhor maneira de como o Direito lida com as questões valorativas.

Enfim, o neoconstitucionalismo exige uma readequação de toda a Teoria Do Direito para responder aos desafios que se colocam à sua frente no sentido de atribuir-lhe coerência sistêmica, objetividade e cientificidade. Daí a importância de compreender melhor o neoconstitucionalismo, a partir do estudo da Teoria do Direito; caso contrário, a prática jurídica (interpretação e aplicação), em especial no que concerne a relação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, tornar-se-á uma espécie de fonte unitária e caótica do Direito, em que cada magistrado no país, com as suas respectivas visões de mundo (*Weltanschauung*) e compreensão individual acerca do direito e da justiça, decidirá livremente sem qualquer limitação objetiva mínima.

2.3.5 O Neoconstitucionalismo e a Teoria do Direito: a proposta de um neoconstitucionalismo teórico

Para os fins propostos no presente trabalho, o interesse do presente tópico recai precisamente no aspecto do neoconstitucionalismo compreendido na perspectiva da Teoria do Direito.

A grande problemática abordada neste capítulo reside exatamente em uma compreensão objetiva, clara e precisa acerca de certos aspectos que permeiam a Teoria do Direito. Então, quais seriam os principais aspectos da Teoria do Direito a descreverem o modelo neoconstitucionalista e que melhor se adequam como fundamento à realização da dignidade humana no Direito Civil?

Passar-se-á à análise de certos pontos de vista sobre a temática, quais sejam, a compreensão das seguintes teorias: (i) moralismo jurídico (*abordagem moderada e radical*); (ii) positivismo jurídico *stricto sensu* (*positivismo jurídico exclusivo e inclusivo*); (iii) relação entre pós-positivismo e neoconstitucionalismo; (iv) constitucionalismo garantista de Ferrajoli; (iv) teoria geral do neoconstitucionalismo proposta por Möller.

Em relação aos dois primeiros pontos, será utilizada como referência a obra de Dimoulis²²⁵, que apresenta o positivismo jurídico como uma teoria da validade e da interpretação do direito através da distinção entre o positivismo *lato sensu* (monismo x dualismo) e o positivismo *stricto sensu* (juspositivismo x jusmoralismo), sendo o juspositivismo subdividido em positivismo inclusivo (*soft positivism* com base na flexibilidade proposta por Hart) e exclusivo (com fundamento em Joseph Raz).

Outras importantes teorias poderiam também ser consideradas, tais como a jurisprudência dos interesses, o realismo jurídico, a teoria autopoietica e o pragmatismo jurídico-político, contudo o estudo acerca desses temas foge ao propósito deste ensaio.

2.3.6 O Moralismo Jurídico

A abordagem jusmoralista tem Dworkin, Alexy e Habermas²²⁶ como seus principais teóricos. Ela designa uma teoria do Direito que afirma a necessária conexão entre Direito e moral. Para esta teoria, o direito formalmente válido “pode e deve ser corrigido pelo intérprete/aplicador, no intuito de conformá-lo às exigências da moral”, conferindo ao aplicador a necessidade de “flexibilizar as normas, adaptando-as a exigências da situação concreta e do período histórico”²²⁷.

Os moralistas dividem-se em duas versões: (i) a tese moderada que defende apenas uma influência da moral no Direito; e (ii) a tese radical que defende a necessária e contínua união conceitual entre o direito e a moral.

²²⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

²²⁶ “No Brasil Alexy é criticado como comunitarista e adepto de uma teoria substancialista, baseada na hierarquia dos valores. Tal visão não encontra apoio nos escritos de Alexy, que insiste na primazia do diálogo racional entre seres humanos. Constitui uma absolutização feita para motivos de polêmica: apresentar Habermas (e seus seguidores) como adeptos de uma teoria aberta, democrática e procedimentalista em contraposição ao comunitarismo de Alexy. Na realidade, Habermas não é procedimentalista, pois aceita uma série de vinculações normativas externas do Direito e, principalmente, a vinculação pelos princípios pré-positivos da democracia e da liberdade. Habermas considera que os sistemas jurídicos modernos não devam fundamentar a validade de suas normas na consonância com a moral, mas insister na exigência de que as normas jurídicas decorram de um processo de decisão democrática, combinando com o aspecto da validade formal e com aspecto da legitimidade (aceitação moral pelos destinatários – “respeito da lei”). Afirma que “a política e o Direito devem estar de acordo com a moral em uma base comum pós-metafísica”, indicando sua adesão ao moralismo, apesar de se esquivar sobre o ponto crucial. Não encontramos em sua obra referência às consequências jurídicas do eventual descompasso entre direito e moral, entre norma formalmente válida e legitimidade democrática”. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 41.

²²⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 41.

2.3.6.1 Moralismo Jurídico Moderado

Em relação ao moralismo jurídico moderado, este pode ter duas dimensões: (i) moralismo da interpretação; e (ii) moralismo da validade. Na primeira hipótese, o aplicador tem a obrigação de recorrer a valores morais, ainda que não estejam estipulados por normas vigentes. O objetivo é produzir uma interpretação conforme a justiça baseada no argumento dos princípios (*principles; Rechtspinzipien*), que podem ser escritos ou não escritos, implícitos ou explícitos, sempre se caracterizando pela abstração, flexibilidade e abertura.

Dimoulis²²⁸ cita um caso emblemático (acórdão Soraya) julgado em 1973 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo o qual um julgador deve julgar de acordo com os valores que são imanentes ao ordenamento jurídico, ainda que não expresso através das leis escritas, fugindo, entretanto, da arbitrariedade através de uma argumentação racional que deixe claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema de direito (*Rechtsproblem*) de forma justa (*gerecht*).

O próprio ministro Luiz Fux, atual ministro da Suprema Corte brasileira, quando esteve no Superior Tribunal de Justiça no ano de 2003, através do mandado de segurança 8.895, asseverou expressamente que, entre o Direito vigente e a justiça, ele ficaria com a segunda. Como se vê, a ideia de direito justo delimita o tema acerca do moralismo de interpretação. Neste caso, deve o magistrado sempre buscar e adotar a resposta certa.

Em relação ao moralismo de validade, seus adeptos defendem o argumento da injustiça, ou seja, a moral é utilizada como critério de validade do direito em qualquer hipótese (moralismo de validade forte – *lex injusta non est lex*). Esse moralismo de validade forte não teria acolhimento pelos jusmoralistas modernos diante da possibilidade de consequências socialmente desastrosas, entretanto ele é admitido de forma relativa em casos de extrema, intolerável ou proposital imoralidade ou injustiça (moralismo de validade fraco).

A tese do moralismo de validade fraco é expressa na *fórmula de Radbruch*²²⁹, que estabelece ser impossível traçar uma linha divisória entre os casos injustos e a validade legal,

²²⁸ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

²²⁹ “A partir do segundo pós-guerra, tentou-se restaurar o jusnaturalismo, sob diferentes tendências, como o (i) neotomismo de Mesner, Marcic e Verdross; (ii) O protestantismo de Forsthoff; (iii) a filosofia dos valores da fenomenologia de Coing; e (iv) O existencialismo de Mihofer e Fechner, após o desastre que foi o período ditatorial de 1933-1945 na Alemanha. Gustav Radbruch, o ‘convertido’, é o símbolo dessa era de dúvidas e de busca por novos fundamentos para o Direito, cujos reflexos no Tribunal Constitucional Federal alemão fizeram-se sentir nos anos 1950 com a teoria da *natureza das coisas* (*Natur der Sache*), que aparece pela primeira vez no célebre caso Lüth, de 1958, como alternativa ao jusnaturalismo e ao positivismo. A *natureza das coisas* atendia ao questionamento nuclear dos antipositivistas: a complexa (e para alguns, mal explicada) passagem do *ser* para o

contudo existe uma forma clara de verificar, e isso acontece quando a justiça e a igualdade são negadas no ato de criação do direito positivo, “em tais casos a lei não constitui somente, injusto, mas carece totalmente de natureza jurídica”²³⁰.

Bustamante²³¹ associa a *fórmula de Radbruch* com a doutrina de Habermas, ao alegar que a extrema injustiça é “objetivamente dada quando o direito nega ao indivíduo por completo sua autonomia moral e o priva de direitos humanos que permitiriam o exercício das capacidades discursivas necessárias para a deliberação racional e democrática”.

2.3.6.2 *Moralismo Jurídico Radical*

Em relação ao moralismo jurídico radical, há uma negação à autonomia do Direito, o que não acontece no moralismo moderado. A moral inseparável do direito encontra em Ronald Dworkin²³² a sua principal expressão através de duas teses: (i) indistinção entre Direito e moral na prática jurídica e (ii) compreensão da moral como conjunto de crenças sobre o que seria correto em uma comunidade política.

A primeira tese ensina que toda decisão judicial deve ser justificada com base em sua correção moral, não devendo em hipótese alguma o aplicador distinguir entre Direito e moral.

dever ser. Nesse aspecto, ela seria o *tópos* no qual convergem *ser* e *dever ser*, o ‘lugar metódico no qual se realiza conexão (correspondência) da realidade dos valores’. A natureza das coisas é suportada pelo pensamento analógico e tipológico. Não é lógico-formal, embora também não se possa dizê-la ‘não lógica’ ou circular”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 158-159.

²³⁰ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Cabral de Moncada. Portugal, Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 345-346.

²³¹ Cf. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 45.

²³² “O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tão pouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma virtude interpretativa e autorreflexiva dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais. E também pelo pressuposto regulador de que, ainda que juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. Atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade, apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 492.

Não se trata apenas de desejo de corrigir o Direito com base na moral, mas de fundamentar o Direito na moral através da indistinguibilidade conceitual entre Direito e moral (unidade do valor). O valor apresenta-se no espírito do intérprete junto ao material normativo, e ambos devem guiar o intérprete para que se encontre a solução mais adequada ao contexto conforme o valor que dá sentido às normas vigentes. “A interpretação é um processo de tomada de posição moral do intérprete, sempre engajado nos valores da comunidade política, pois ‘o direito inclui não apenas normas editadas ou normas certificadas (*pedigree*), mas também princípios justificadores”²³³.

A segunda tese defende que as crenças morais a serem aplicadas não são aquelas decorrentes de convicções morais subjetivas do juiz, tão pouco aquelas obtidas por determinados filósofos, mas sim a moral peculiar que decorre de cada comunidade política em específico.

Merece destaque a análise equivocada acerca da obra de Dworkin no Brasil, através de utilização descontextualizada, seletiva e interessada como se o referido professor norte-americano concedesse aos juízes um amplo poder discricionário para se encontrar a melhor solução. Pelo contrário, o sucessor de Hart na Cadeira de Teoria Geral do Direito em Oxford procurou minimizar o poder discricionário do Poder Judiciário através de decisões que estivessem conformes às exigências morais da comunidade. “O Juiz Hércules de Dworkin não era neoconstitucionalista, economista, sociólogo, psicólogo ou porta-voz de uma vanguarda iluminista. É um juiz sem poder próprio que aplica os princípios jurídico-morais da sociedade”²³⁴.

2.3.7 O Positivismo Jurídico *Stricto Sensu* (Inclusivista e Exclusivista)

Essa abordagem considera que a união entre direito e moral não é necessária, ou seja, a juridicidade de uma norma não precisa da moral para ter sua validade reconhecida, contudo,

²³³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 46.

²³⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 47. Dworkin pretende “construir a melhor sociedade possível, permitindo decidir assuntos controvertidos de forma coerente com decisões tomadas no passado, mas que se possa também inovar, se for comprovado que as decisões anteriores não se ajustam aos valores da sociedade. Dworkin considera necessário que o aplicador siga os precedentes e os valores do presente, interpretando ambos da ‘melhor forma possível’, termo esse repetido constantemente” (op. cit. p. 47).

é possível que isso aconteça em determinadas comunidades que façam essa escolha. O positivismo jurídico *stricto sensu* pode ser classificado em exclusivista e inclusivista.

O positivismo jurídico exclusivo não admite em qualquer hipótese a moral como critério de identificação do direito positivo, nem no que se refere à constatação de sua validade nem em relação à sua interpretação, pois a moral nunca interfere na definição do direito. Essa teoria tem fundamento em Raz²³⁵, segundo o qual o direito é em qualquer hipótese “normativo, institucionalizado e coercivo”. O grande problema desta corrente decorre da ampla liberdade de decisão do aplicador capaz de gerar um poder próprio, em virtude da ausência de fontes legais, de dúvida interpretativa, de lacuna e de norma de baixa densidade normativa.

Já para o positivismo jurídico inclusivo baseado em Hart, os valores morais não são sempre decisivos para definir e aplicar direito, entretanto, “em certas sociedades pode haver uma convenção social, impondo levar em consideração a moral para determinar a validade e para interpretar normas jurídicas”²³⁶. Diferentemente da corrente exclusivista, existe nessa concepção uma negativa acerca da existência de um poder verdadeiramente discricionário do aplicador, uma vez que, inserida no sistema jurídico, a moral passa a determinar os limites das decisões. Esta visão se aproxima da de Dworkin, uma vez que acredita que os casos difíceis devem ser perseguidos segundo considerações morais.

O *soft positivism* desenvolvido por Hart passou a permitir a possibilidade de o sistema aceitar critérios morais e abertos, admitindo a prática judicial como fonte do direito, passando, assim, a conferir grande importância à teoria da linguagem e à argumentação jurídica, cuja função seria a de evitar o condicionamento necessário do Direito pela moral. Na prática, a definição dos termos abertos e relacionados a valores morais passaria a ser um problema linguístico, de convergência e de autoridade não permitindo, portanto, a penetração direta da moral nos sistemas jurídicos.

A solução nos casos concretos a ser adotada não deve ser a melhor solução possível, mas a solução juridicamente construída pela autoridade através do debate. Hart cria um filtro capaz de produzir um corte quantitativo e qualitativo no ingresso da moral no mundo jurídico. Quantitativo, porque passa a interessar ao Direito apenas aqueles valores reconhecidos pelos sistemas jurídicos, e qualitativo, porque o sentido jurídico pode ser igual ou não ao sentido filosófico original. Nasce então a diferença entre uma concepção convencionalista (positiva) e

²³⁵ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 4.

²³⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 77.

uma essencialista (jusnaturalista). Esta última propõe uma relação necessária entre o conceito filosófico e jurídico, ao passo que a segunda não. Os convencionalistas elegem determinados símbolos capazes de expressar conceitos convencionais, que não correspondem necessariamente à sua essência.

Na visão de Streck²³⁷, Alexy pode ser considerado um neoconstitucionalista, eis que aposta na teoria de que os princípios são valores (a aproximação do conteúdo deontológico dos princípios ao conteúdo axiológico dos valores). Com efeito, a teoria da argumentação jurídica de Alexy funcionaria como uma tentativa de racionalizar a entrada dos valores no direito. *Mutatis mutandis*, entende o professor gaúcho, a referida teoria enquadrar-se-ia no positivismo inclusivo, não se devendo olvidar em qualquer hipótese que a superação do positivismo exegético já foi realizada pelo positivismo de Kelsen, que apostou no *semantic sense* para resolver problemas sintáticos.

2.3.8 Pós-Positivismo e Neoconstitucionalismo, um confronto entre Barroso e Dimoulis

Assim como o termo neoconstitucionalismo, a expressão pós-positivismo também seria fluida, dúctil e plástica, conforme diz Rodrigues Junior²³⁸ que elucida ainda que o tema é objeto de inúmeros artigos acadêmicos e vários julgados tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça. Sua origem, de acordo com o referido doutrinador, estaria no segundo pós-guerra e suas características seriam um abandono do Positivismo Jurídico através da adoção de “cargas valorativas, recurso a princípios constitucionais e abandono da interpretação rígida e literal das normas”.

Barroso²³⁹ compreende que o pós-positivismo é o fundamento filosófico do neoconstitucionalismo e possui as seguintes características: (a) surge com o ímpeto de superar o conhecimento convencional e não de desconstruí-lo; (b) promove uma volta aos valores através de uma reaproximação entre ética e Direito; (c) representa a existência de valores compartilhados por toda a comunidade e princípios constitucionais que integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados, que refletem a ideologia da sociedade, seus postulados

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli et al.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²³⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais.** 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 163.

²³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

básicos e seus fins com finalidade de condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete.

Segue a consideração do atual Ministro da Suprema Corte brasileira acerca das particularidades do pós-positivismo: (d) distingue qualitativamente as regras dos princípios; (e) compreende a Constituição como um sistema aberto de princípios não taxativos e regras; (f) defende a aplicação das regras, através da subsunção e dos princípios pela ponderação, diante da fragilidade dos métodos interpretativos de hierarquia, cronologia e especialização; (g) acredita que o Direito deve ser compreendido como um sistema aberto de valores que busca a solução adequada baseada em uma linha de argumentação cujos intérpretes não devem ser apenas os juristas, mas a comunidade como um todo²⁴⁰; (h) argumenta a supremacia dos princípios da razoabilidade e da dignidade humana. A razoabilidade receberia o nome de proporcionalidade e seria capaz de controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Em relação ao Judiciário, este princípio abriria uma estratégia de ação construtiva para produção do melhor resultado. Quanto à dignidade humana, na qualidade de um símbolo de um novo tempo, este tema será tratado com mais profundidade no próximo capítulo na sua perspectiva filosófica e jurídica; e (i) por fim, pondera que as decisões judiciais devem levar em consideração as normas e os fatos mediante uma análise não formalista capaz de gerar uma solução justa mediante fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.

Em recente texto publicado, Barroso²⁴¹ aponta para três transformações que afetam profundamente o atual modo de se pensar e de se aplicar o Direito: (i) superação do formalismo jurídico baseado na razão de uma justiça imanente e na interpretação silogística e mecânica do Direito; (ii) advento de uma cultura jurídica pós-positivista²⁴² em que as soluções dos problemas

²⁴⁰ “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição”. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. (1ª edição do original *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation*, 1975). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13.

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁴² “A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética”. BARROSO, Luís

jurídicos não se encontram mais integralmente na norma jurídica, mas também em outras ciências externas ao direito como filosofia moral, filosofia política, economia e psicologia; e (iii) ascensão do direito público e centralidade da Constituição em contraposição à teoria jurídica do século XIX construída sob a base do direito privado.

Em relação ao pós-positivismo, vale trazer ao conhecimento as reflexões críticas de Dimoulis²⁴³, que refuta expressamente esta corrente de pensamento. Para ele, o pós-positivismo equivaleria ao neoconstitucionalismo, posição esta não defendida por Möller²⁴⁴, que, conforme se verá, constrói uma Teoria Geral do Neoconstitucionalismo com base no positivismo includente originado pelo *soft positivism* de Hart. No entender de Dimoulis, desde o ano de 2000, a definição e a interpretação do Direito no Brasil têm-se fundamentado em uma repulsa ao positivismo jurídico, através do denominado pós-positivismo, e servido de base para os tribunais superiores proferirem decisões ativistas.

Essa rejeição ao positivismo jurídico no Brasil decorreria de pura retórica e conhecimento superficial do que, realmente, seja o positivismo jurídico. A repulsa possuiria fundamentos fantasiosos associando a aplicação das normas (regras e princípios) em vigor a um formalismo positivista que luta contra os direitos sociais. Esta retórica seria tautológica e sem fundamento substancial, eis que recorre a argumentos emocionais de cunho idealista como se a contemporânea compreensão do positivismo jurídico não tivesse a capacidade de promover a justiça, o bem comum e a moralidade.

Outrossim, o termo pós-positivismo é praticamente desconhecido fora do Brasil, à exceção de sua utilização esporádica em língua alemã (*nach-positivistische Methodik*) com o objetivo de se diferenciar da abordagem juspositivista clássica sobre a interpretação das normas jurídicas, consoante a Teoria Estruturante de Friedrich Müller. A teoria estruturante defende a concretização da norma através de elementos históricos e sociais, exigindo do intérprete um papel ativo para atribuir sentido ao texto da norma em virtude das peculiaridades do caso concreto. Tanto Friedrich Müller como os adeptos da teoria estruturante não podem ser considerados pós-positivistas no conceito brasileiro, pois aceitam a teoria juspositivista sobre a validade do direito, isto é, admitem a coatividade das fontes jurídicas estatais e excluem a interferência de considerações morais. Eles também defendem a elaboração de rigorosos

Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 30.

²⁴³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

²⁴⁴ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

métodos de interpretação e rejeitam as críticas antipositivistas que desejam transformar o aplicador em legislador oculto.

O termo também é utilizado pelo austríaco Somek que compreende o pós-positivismo (*nachpositivistische*) como radicalização do projeto positivista que, no Direito brasileiro, aproxima-se do positivismo exclusivo, conforme se verá na apresentação da teoria geral do neoconstitucionalismo de Möller²⁴⁵. Em resumo, na Alemanha, o termo, ainda que muito pouco utilizado, possui significados completamente díspares.

No Brasil, no entender de Dimoulis²⁴⁶, o termo pós-positivismo possui um significado moralista e idealista em que se mistura a descrição e a avaliação do sistema jurídico, o ser do direito com referências ao dever ser ideal. Autores pós-positivistas consideram a interpretação jurídica um exercício de retórica sem vínculos normativos claros em nome de uma abstrata razoabilidade, tomando equivocadamente como base a teoria moralista de Dworkin e Alexy. Considerá-los pós-positivistas seria tão inexpressivo como denominar o nosso tempo como pós-guerra.

Considerar também o pós-positivismo em virtude de sua contrariedade ao positivismo jurídico é outro equívoco, porque críticas já lhes são realizadas desde o final do século XIX. Sob o ponto de vista cronológico, *idem*. A abordagem tópica de Viehweg, considerada pós-positivista, foi publicada quase uma década antes da obra *The Concept of Law* de Hart, de 1961, que trouxe renovação profunda aos fundamentos do positivismo jurídico.

Os adeptos do pós-positivismo não dizem de fato o que ele é, “provavelmente porque é menos arriscado criticar os outros de lugares teóricos indefinidos do que indicar a sua própria identidade”²⁴⁷. A sua fraqueza teórica seria evidente, pois se baseia na ausência de fundamentos sólidos numa retomada da visão idealista do direito com base nas funções entre direito e moral e na legitimação do primeiro pela segunda. Será mesmo que valores como justiça, verdade, moral, ética e dignidade humana impõem o abandono do positivismo jurídico?

O positivismo jurídico seria visto de maneira caricaturada para Dimoulis. Sem fundamento teórico algum, é a acusação de que o positivismo decorre de uma aplicação mecânica da lei. Isso apenas demonstra conclusões desprovidas de estudo aprofundado em Kelsen e Hart, os maiores representantes do positivismo jurídico. Kelsen nunca defendeu uma

²⁴⁵ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

²⁴⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

²⁴⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 184.

interpretação mecânica da lei, pelo contrário, para ele, a interpretação do Direito é sempre autêntica, conferindo ao aplicador a liberdade dentro da moldura normativa de agir livremente para apreciação do caso concreto.

Na verdade, os pós-positivistas confundem o positivismo jurídico com a Escola da Exegese francesa que compreendia, por mera orientação política, a interpretação estritamente gramatical e lógica do texto normativo, principalmente a partir do Código Civil francês de 1804, que excluía da tarefa interpretativa qualquer consideração subjetiva ou construção conceitual feita pela doutrina. Parece que os pós-positivistas esquecem, por exemplo, de positivistas como Portalis, que tentou atribuir ao art. 4º do Código Napoleônico uma função garantidora do poder criativo do juiz. Para manter a coerência teórica, os pós-positivistas jamais poderiam considerar Hart um positivista, o que seria um engano sem precedentes, primeiro porque o referido doutrinador inglês se autoproclamava um positivista; e, segundo, porque a obra de Dworkin, *Levando os direitos a sério*, é considerada antipositivista, exatamente contra o positivismo de Hart.

Até o mais fervoroso positivista, representante do positivismo exclusivo, Joseph Raz²⁴⁸, considera que os juízes criam o direito quando não há explícita previsão legislativa. O próprio Raz alega que, quando o juiz exerce o seu poder discricionário, não se baseia no formalismo, mas efetua um raciocínio moral que permite concretizar normas abstratas ou obscuras. Deste modo, como atribuir ao positivismo jurídico a tese da aplicação mecânica e dedutiva do direito, se os seus maiores expoentes a rejeitam?

Outra acusação infundada contra o positivismo jurídico diz respeito à acusação de que para o juspositivismo a validade é a consagração da justiça. Essa tese é considerada como característica do positivismo ideológico, ou seja, uma teoria de cunho político que faz uma opção política neste sentido. Em resumo, nos termos de Hoerster, “a tese da obediência no sentido moral ou ético não é defendida por nenhum juspositivista moderno”²⁴⁹.

Por fim, valem as ponderações trazidas pelo professor Fernando Leal (2014)²⁵⁰, em seu artigo denominado “*O formalismo expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil*”, segundo o qual é um imenso equívoco acadêmico tratar pejorativamente Kelsen como um autor formalista e positivista. Em resumo, ele demonstra que Kelsen não era um formalista

²⁴⁸ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

²⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 189.

²⁵⁰ LEAL, Fernando. O formalismo expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 245-268, jan.-jun., 2014.

metodológico, e que incorre em erro quem associa o positivismo jurídico a esse tipo de formalismo²⁵¹.

2.3.9 O Constitucionalismo Garantista como Jus-Positivismo Reforçado de Ferrajoli

Sem embargo da profundidade argumentativa que o tema exige, vale ainda mencionar a proposta de Ferrajoli²⁵² em distinguir o constitucionalismo garantista como juspositivismo reforçado do *neoconstitucionalismo* ou constitucionalismo principialista, que ele denomina de antipositivista. Sua teoria de constitucionalismo garantista não visa superar, mas, sim, reforçar o positivismo jurídico que não mais deve ser concebido como o “paleopositivismo” (positivismo exegetico), eis que passa a positivar tanto o “*ser*” como o “*dever ser*”.

De acordo com o constitucionalismo principialista e argumentativo de matriz anglo-saxônica, a incorporação constitucional de princípios de justiça de caráter ético-político (dignidade humana, igualdade e direitos fundamentais) faria desaparecer o principal traço do positivismo jurídico: a separação entre direito (validade) e moral (justiça). Os maiores expoentes desta corrente seriam Dworkin, Alexy, Carlos Nino, Zagrebelsky e Atienza. Uma segunda característica seria a de que os direitos estabelecidos na Constituição não seriam regras sujeitas à observância ou inobservância (regra do tudo ou nada – *all or nothing*), mas princípios em virtual conflito a serem solucionados pela ponderação. A terceira característica seria a de que o direito passa a ser uma prática interpretativa (Dworkin) e uma pretensão de correção

²⁵¹ “De uma forma geral, a dimensão metodológica dos debates sobre as diferentes teorias sobre a natureza do direito (entre as quais se localizam as teorias positivistas e não positivistas em suas diferentes versões) concentra-se nas disputas entre perspectivas descritivistas e normativistas. Projetos teóricos como os de Kelsen e Hart são descritivistas porque visam entender o direito tal qual ele se manifesta e sem valorar o seu conteúdo. Isso não impede que projetos dessa natureza possam conceber o direito como um sistema normativo. Para descritivistas, tampouco é problemática qualquer tarefa de descrever a normatividade do direito ou de analisar um conceito substantivo como o de direito sem emitir juízos de valor sobre o seu conteúdo. As proposições teóricas sobre o que as normas jurídicas prescrevem são asserções que apenas descrevem o “dever ser” relacionado a elas. Já os normativistas concebem a filosofia do direito como um projeto de filosofia política ou de qualquer outra natureza que se posiciona sobre as questões controversas que envolvem o fenômeno jurídico. Para eles, não é possível desenvolver uma teoria do direito apropriada sem que se refira a propriedades materiais do direito (como as funções a que ele deve servir ou a noção de autoridade) ou se questione o valor substantivo de se viver sob o direito. A forma por excelência de se levar adiante um projeto desse tipo é tentar compreender o fenômeno jurídico em suas melhores luzes a partir de funções ou propósitos aos quais ele deve necessariamente servir, como a promoção do bem-comum, o exercício justificado da coerção estatal ou a composição harmônica entre os ideais de justiça e segurança”. LEAL, Fernando. O formalismo expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 245-268, jan.-jun., 2014. p. 261.

²⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli et al.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

(Alexy) cuja racionalidade jurídica deve estar aberta às razões morais (Carlos Nino), em resumo, aberta à concepção do direito.

O professor italiano faz severas críticas ao constitucionalismo principialista, uma vez que tal corrente se aproxima do “o realismo e com aquilo que podemos chamar de neopandectismo quando ameaçam a normatividade do direito nos confrontos dos operadores jurídicos”. Na verdade, este constitucionalismo enfraquece e coloca em colapso a normatividade dos princípios constitucionais; degrada os direitos fundamentais estabelecidos em genéricas recomendações ético-políticas; e subverte a hierarquia das fontes, pois confia à ponderação legislativa e judicial as normas constitucionais, entregando-as à discricionariedade e ao arbítrio²⁵³.

Ele alega ainda que a abordagem antipositivista e principialista das Constituições não consideram as normas constitucionais como normas rigidamente vinculantes, mas como princípios ético-políticos, frutos de argumentações morais, que favoreceram no Brasil, por exemplo, uma inventiva gama de jurisprudência e de princípios sem qualquer fundamento no texto constitucional (panprincipiologismo de Streck). Ferrajoli²⁵⁴ contesta a tese da prevalência principiológica de Alexy²⁵⁵, fundamentada na sua teoria da argumentação jurídica e na jurisprudência dos valores²⁵⁶, sob o argumento de que, na prática, não existe ponderação de princípios constitucionais, mas de circunstâncias que exigem sua devida aplicação.

O constitucionalismo garantista de Ferrajoli defende que os direitos fundamentais positivados nas normas constitucionais devem orientar a produção do direito positivo, ou seja,

²⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli et al.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 21.

²⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli et al.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. Malheiros, 2017.

²⁵⁶ “Alexy não identifica seu modelo como uma ‘jurisprudência dos valores’, embora não seja essa questão central da ‘incorporação’ de Alexy pelo neoconstitucionalismo. Despiciendo lembrar que Alexy procura depurar (racionalizar) a jurisprudência dos valores dominantes até hoje no Tribunal Constitucional Alemão. Para ele, a *Wertungsjurisprudenz* é irracional. E essa racionalização é feita, segundo ele, através de padrões analítico-conceituais ainda signatários da tradição da ‘jurisprudência dos conceitos’ alemã. Lembremos, no entanto, que a jurisprudência dos conceitos foi o modelo alemão similar à exegese francesa: enquanto na França o direito é feito pelos legisladores, na Alemanha foi feita por professores. Se na França o exegetismo da legislação foi o berço do positivismo (legalista), na Alemanha, floresceu o chamado formalismo conceitual que se encontra na raiz da chamada jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*). O problema, portanto, está na tese de que a Constituição é uma ordem concreta de valores nos ‘efeitos colaterais’ de uma racionalização que envolve a ponderação destes valores (sem contar as leituras equivocadas que foram feitas no Brasil)”. STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli et al.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 72.

a validade substancial (os direitos fundamentais) deve regulamentar a validade formal (a produção jurídica). Como modelo de direito, os princípios, portanto, devem ser positivados para garantir o controle jurisdicional de constitucionalidade. Enquanto teoria do direito, a tese tematiza a questão relativa à vigência (*ser* - legislativo) e à validade (*dever ser* - constitucional) do direito. Enquanto filosofia (teoria política), a tese garantista defende uma democracia não com base numa genérica e abstrata teoria do bom governo, mas através de uma democracia constitucional capaz de resguardar os direitos constitucionalmente estabelecidos através de lutas históricas.

Ferrajoli²⁵⁷ considera que o garantismo é a outra face do constitucionalismo e que, através de sua construção teórica, a separação entre direito e moral é reforçada, pois é corolário do princípio da legalidade, que garante a submissão dos juízes apenas à lei (dirigido aos juízes), e do liberalismo político, haja vista não permitir a utilização do direito como instrumento de reforço da moral (dirigido aos legisladores para não invadirem a vida moral das pessoas). Outra característica do positivismo reforçado diz respeito à manutenção da tese positivista de discricionariedade dos juízes baseada no fato de que as normas jamais conseguiriam abarcar todos os comportamentos e situações.

Streck²⁵⁸ discorda em parte de Ferrajoli e diz ser possível uma teoria constitucional pós-positivista que considere superadas tanto a tese da separação e vinculação entre direito e moral quanto a tese da discricionariedade. Para o doutrinador gaúcho, (i) o direito constante na Constituição superou a noção de “fontes sociais”, tendo um caráter prospectivo, isto é, de reconstruir a sociedade; (ii) a institucionalização da moral dá-se *no* e *pelo* direito (defesa da tese de Habermas complementar à de Dworkin de atuação na moral pela positivação, ou seja, através dos direitos fundamentais); (iii) não há que se falar em discricionariedade, eis que o Estado democrático de Direito exige a vinculação do Legislativo e do Judiciário à Constituição, isto é, a atuação destes dois órgãos deve fugir de posicionamentos *ad hoc*, frutos de subjetivismos individuais e casuísticos e ocorrer dentro de um espaço estrutural-constitucional, visando respeitar a coerência e a integridade do direito.

²⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli et al.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli et al.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

2.3.10 A Teoria Geral do Neoconstitucionalismo de Max Möller

Sarlet, no prefácio que faz à obra de Möller²⁵⁹, aduz que o seu texto é “obrigatório para todos os que buscam uma aproximação qualificada não apenas com a noção de neoconstitucionalismo e seus principais elementos, mas com aspectos nucleares da teoria do direito”. Ao que parece, Möller trilha o caminho de Escudero Alday²⁶⁰ eis que considera o positivismo inclusivista (*incorporationism* ou *soft positivism*) como melhor explicação para a teoria do Direito do constitucionalismo jurídico.

Existem diversos estudos que apontam a possibilidade de um positivismo constitucionalista que sustenta o positivismo jurídico como sendo útil para fundamentar a teoria do direito no âmbito neoconstitucionalista. Ariza²⁶¹ enumera o positivismo crítico de Ferrajoli, o positivismo corrigido de Peces-Barba, o positivismo inclusivo de Waluchow, o positivismo brando de Hart, o pós-positivismo de Calsamiglia, o positivismo sofisticado de Shiner e o incorporacionismo de Coleman.

Entretanto, Möller (2011) vai um pouco além, ao conjugar a tese de Escudero Alday com a de Martin Farrel que não considera totalmente antagônicas as concepções jusnaturalista e positivista.

Partindo do pressuposto de que o modelo neoconstitucional tem como fundamento a força normativa da Constituição e no fato de que os valores são capazes não apenas de servir como parâmetro de validade, mas também servirem de razões para a decisão, entende Möller²⁶² ser possível realizar uma aproximação justificada entre o direito natural e suas preocupações jusnaturalistas com o neoconstitucionalismo.

Não se trata de adotar o jusnaturalismo como teoria do direito diante da dificuldade de sua comprovação, mas de extrair elementos essenciais de suas teses fundamentais como (i) a de supremacia do direito natural sobre o direito positivo; (ii) a racionalidade, a imutabilidade, a universalidade e a inalienabilidade dos direitos naturais; e (iii) a preocupação com o conteúdo do Direito, tudo isso no sentido de favorecer uma melhor compreensão do neoconstitucionalismo e dos direitos fundamentais.

²⁵⁹ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9.

²⁶⁰ ALDAY, Rafael Escudero. **Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral**. Madrid: Thompson Civitas, 2004.

²⁶¹ ARIZA, Santiago Sastre. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

²⁶² MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

A supremacia dos direitos fundamentais e sua superioridade sobre o ato legislativo decorreria, por exemplo, da característica da inalienabilidade. A imutabilidade residiria na proteção dos direitos fundamentais, mediante dispositivos constitucionais nos quais existem *quórum* qualificado ou até mesmo a proibição de sua modificação (cláusulas pétreas). Já a racionalidade estaria ligada à forma de desenvolvimento dos direitos fundamentais previstos geralmente a partir de princípios.

Conforme visto, sempre foi uma preocupação do jusnaturalismo o conteúdo do Direito, e esta também deve ser a preocupação neoconstitucional cujas normas (princípios e regras) não mais devem ser estudadas, interpretadas e aplicadas a partir do *ser* (forma), mas também do *dever ser* (conteúdo). Nesse debate, é preciso registrar que o jusnaturalismo, de fato, dedicou seus estudos com enfoque mais no conteúdo do direito do que para identificar critérios de juridicidade. Por isso, afirma Möller²⁶³, que não há espaço teórico para confrontar o jusnaturalismo com o positivismo jurídico como teoria de direito ou no campo da teoria do direito.

O autor deixa claro em sua tese que essas similitudes apresentadas não podem ser consideradas como reprodução da teoria jusnaturalista, eis que existem muito mais diferenças entre o jusnaturalismo e o neoconstitucionalismo. Este fundamenta sua existência e sua teoria na Constituição através da conjugação de um direito hierarquicamente superior com a certeza do direito positivado (regras e princípios).

Outra distinção reside no modo de aplicação das normas. Enquanto o direito natural exige uma *única solução correta*, o neoconstitucionalismo aponta para a *solução juridicamente construída* através de uma fundamentação originária de três pilares: (i) da argumentação jurídica; (ii) da atividade interpretativa; (iii) da preocupação com a justiça do caso concreto. Tais características, é imprescindível registrar, jamais se dissociaria de critérios de autoridade decorrentes de um Tribunal Constitucional.

Realizada a aproximação entre jusnaturalismo e neoconstitucionalismo no sentido de melhor compreender este fenômeno contemporâneo moderno, é imperioso enfrentar a questão referente à Teoria do Direito que melhor explique o neoconstitucionalismo.

Foi estudado alhures que o positivismo jurídico se desvinculou de seu viés ideológico e adotou uma posição descritiva fundamental para o seu aprimoramento como Teoria do Direito. E muito embora existam diversas concepções positivistas, pode-se dizer que duas

²⁶³ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

características são necessárias para se caracterizar atualmente o positivismo jurídico: a defesa da separação entre direito e moral e as fontes oficiais do direito (critério de autoridade).

Para Möller²⁶⁴, a aproximação do *Common Law* com a *Civil Law* reciclou e fez evoluir a teoria do positivismo jurídico capaz de sustentar uma teoria do direito neoconstitucionalista. E isso se deu a partir do profícuo debate entre Hart²⁶⁵ e Dworkin (1931-2013), fato este que gerou o rompimento com absolutismo da lei como fonte de direito, permitindo que o conceito de Direito seja definido com base na atividade dos intérpretes na definição do jurídico, mediante a adoção do positivismo jurídico inclusivista, capaz de positivizar os valores morais da sociedade mediante cortes quantitativos e qualitativos.

2.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

Neste capítulo, apresentou-se um modelo de neoconstitucionalismo teórico como espaço adequado para a realização da dignidade humana no Direito Civil. Um espaço constitucional construído com o auxílio da Teoria do Direito positivo capaz de conferir critérios mínimos de objetividade, clareza e precisão na referida realização.

Verificou-se que é preciso extrair algo significativo decorrente da evolução da racionalidade jusnaturalista (direito pré-moderno) para a racionalidade positivista (direito moderno) e, por derradeiro, para a racionalidade neoconstitucionalista (direito contemporâneo).

É evidente que o atual ordenamento jurídico brasileiro encontra forte resistência em atribuir juridicidade a normas metafísicas de natureza jusnaturalista que não estejam positivadas por uma razão muito simples: ausência absoluta de critérios objetivos preestabelecidos constitucionalmente. Do mesmo modo, não é mais possível atribuir ao ordenamento os fundamentos da rigorosa tríade positivista de Novecentos: estatalismo, legicentrismo e formalismo interpretativo.

Entretanto, será que o jusnaturalismo na sua forma jusracional e o positivismo jurídico foram, de fato, completamente superados a ponto de serem relegados ao esquecimento teórico? Será que o ordenamento jurídico não precisa de valores supremos positivados ou não capazes de impor limites de interpretação e aplicação ao direito posto pelo legislador ordinário? Como a teoria do direito deve lidar com os valores? O direito perdeu a sua finalidade de alcançar a justiça? O jusnaturalismo, enquanto matéria-prima das revoluções francesa e americana,

²⁶⁴ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

²⁶⁵ HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

tornou-se absolutamente imprestável? Será que o Direito não precisa mais do formalismo para a formação e a identificação do conteúdo jurídico das normas? Será mesmo que os julgadores diante do neoconstitucionalismo não precisam mais de limites, bem como de critérios objetivos para a aplicação normativa? Quais seriam estes limites objetivos? O Estado deixou de ser a fonte das leis e não mais exerce coerção para quem as descumpre? A teoria do direito deixou de se preocupar com o direito posto e imposto no ordenamento jurídico brasileiro, inglês, australiano?

Não é preciso muito esforço para se concluir que o constitucionalismo contemporâneo jurídico, no presente trabalho denominado neoconstitucionalismo teórico, precisa de uma teoria do direito que conjugue os principais aspectos tanto do jusnaturalismo quanto do positivismo jurídico para que o valor maior da Constituição, a dignidade humana, expressada através dos direitos fundamentais, seja realizada em todo o ordenamento jurídico mediante critérios objetivos mínimos. Se considerarmos este ordenamento como um avião, cada forma de pensamento representa as suas duas asas. Atribuir maior importância a um ou a outro será infrutífero, porque ambos são necessários, complementam-se e evoluem no decorrer da história.

Em relação à influência jusnaturalista, não se trata de um posicionamento de cunho idealista²⁶⁶, mas de enxergar naquela riquíssima cultura jurídica elementos que auxiliem na construção de uma teoria do direito compatível com a contemporânea exigência constitucional: a realização da dignidade humana enquanto valor supremo reconhecido internacionalmente e enquanto princípio constitucional fundamento da República Federativa do Brasil.

Assiste razão à Ferrajoli²⁶⁷ ao considerar o constitucionalismo moderno da seguinte maneira:

Como *sistema jurídico*, a um conjunto de limites e vínculos substâncias, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como *teoria do direito*, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos²⁶⁸.

²⁶⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 181.

²⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13.

Em relação à compreensão do neoconstitucionalismo sob o enfoque da Teoria do Direito, demonstrou-se as visões que abordam a temática. A importância dessa abordagem reside na fixação de bases e dos limites para que o Direito possa responder ou apontar respostas para os inúmeros desafios que o neoconstitucionalismo possui.

Em síntese, este capítulo, portanto, objetivou apresentar o debate em torno do espaço constitucional adequado para a realização da dignidade humana no Direito Civil. No próximo capítulo, a discussão terá como foco: (i) a dignidade humana sob a compreensão filosófica e jurídica; e (ii) a relação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional a partir da visão de duas escolas civilistas, para, ao final, proceder ao teste da hipótese das duas teorias da eficácia dos direitos fundamentais.

3 A DIGNIDADE HUMANA E A RELAÇÃO ENTRE DIREITO CIVIL E DIREITO CONSTITUCIONAL

3.1 A DIGNIDADE HUMANA

Neste capítulo, abordar-se-á em específico a dignidade humana através das perspectivas filosófica e jurídica. Entretanto, para conferir maior clareza na compreensão desta temática, é imperioso se fazer uma prévia e sucinta explicação acerca da relação entre dignidade humana, dignidade da pessoa humana, direitos humanos e direitos fundamentais.

3.1.1 A Dignidade Humana na Perspectiva Filosófica

3.1.1.1 Distinções Terminológicas: dignidade humana, dignidade da pessoa humana, direitos humanos e direitos fundamentais

A noção de dignidade humana transcende a dignidade da pessoa individualmente considerada²⁶⁹. A dignidade (*dignitas*) da pessoa humana no período Clássico estava vinculada à posição social do sujeito devidamente reconhecido pela sua comunidade. Com o advento do

²⁶⁹ Ver SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Palhoça, Ano VIII, n. 14., p.19-51, jan./jul. 2017.

cristianismo, esta noção de dignidade passou a fazer parte da essência da pessoa, ou essência intrínseca da pessoa humana²⁷⁰. Atravessando o processo de racionalização e de secularização provocados pelo jusnaturalismo, considerando a filosofia natural do Direito a partir do século XVI, a dignidade da pessoa humana alcançou o seu ápice conceitual através de Immanuel Kant, que lhe atribuiu a noção fundante de autonomia da vontade e definiu o homem como um fim em si mesmo. Este pensamento influenciou profundamente as raízes constitucionais contemporâneas a ponto de as ordens constitucionais passarem a tutelar a dignidade da pessoa humana associada à noção de liberdade e de direitos inerentes (direito inato) à natureza racional humana.

Acontece que, sem embargo do desenvolvimento teórico da dignidade da pessoa humana, o que se verificou na história foi uma absoluta abstração sem efetivo caráter prático deste princípio, considerado supremo tão somente após a Segunda Guerra Mundial após a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948²⁷¹. Daí a importância de estudar os direitos humanos através de uma compreensão evolutiva anterior (jusracionalista) e posterior a 1948. Sobre esse tema, merece destaque a obra *Direitos Humanos: referências essenciais* organizada por Hilary Poole²⁷².

Tanto a conceituação como a compreensão dos direitos humanos são bastante controvertidas. Veja-se, por exemplo, o artigo de Georg Lohmann intitulado *As definições teóricas de direitos Humanos de Jürgen Habermas – o princípio legal e as correções morais*.

Costas Douzinas, por exemplo, entende que os direitos humanos foram concebidos com o nobre propósito de defender o homem contra o domínio do poder, da arrogância e da opressão, entretanto “após sua inauguração institucional, eles foram sequestrados por governos cientes dos benefícios de uma política moralmente confiável”²⁷³. Dessa forma, os direitos humanos apenas teriam paradoxos a oferecer, isto é, os governos com o objetivo de iludir e impor suas ideologias ofereceriam aos povos oprimidos apenas a linguagem do Direito (metafísica, moral e política) como arma de defesa. O mencionado autor, por meio de uma abordagem histórica, filosófica e psicanalítica dos direitos humanos, desenvolve em sua obra uma série de críticas em relação às falhas na teoria liberal dos direitos.

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007a.

²⁷¹ UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)*. General Assembly Resolution 217 A. International Bill of Human Rights. **United Nations**, United Nations General Assembly, Paris, 10 Dec. 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁷² POOLE, Hilare (Org.). **Direitos Humanos: referências essenciais**. Tradução de Fábio Larsson. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

²⁷³ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 16.

Michel Villey²⁷⁴ aponta que os direitos humanos são um produto da modernidade fruto de um idealismo que erigiu no lugar de Deus o grande ídolo denominado progresso, cujo objetivo seria o de assegurar as fruições e a felicidade de todos. O renomado filósofo do direito diz que os direitos humanos foram o antídoto contra o positivismo jurídico, enquanto filosofia das fontes do direito, que criou uma ciência jurídica que passou a zombar e se afastar da justiça. Esses direitos humanos teriam sido retirados “da filosofia da Escola do Direito Natural, cujo desaparecimento muitos teóricos do século XIX erradamente anunciaram”²⁷⁵. Esses direitos humanos construídos pela modernidade não passariam de uma construção da linguagem sem qualquer identidade técnica, científica e histórica com a ciência do direito. Em resumo, para o filósofo francês, seriam os direitos humanos uma ferramenta de mil usos a serem utilizados em proveito da classe dominante do momento, mas nunca em proveito de todos os homens, até porque cada direito humano seria a negação de outros direitos humanos.

Muito embora existam outras obras que analisam os direitos humanos sob uma perspectiva crítica, a exemplo da obra *Origens do totalitarismo* de Hannah Arendt, que pela primeira vez se contrapõe à ideia do caráter universalista dos direitos humanos fundamentado em um conceito de homem abstrato e indefinível, o fato é que os direitos humanos são prioridade na agenda nacional e internacional e, como diz Villey²⁷⁶, é impensável desalojá-los.

Assim, partindo-se do pressuposto de que a humanidade é a razão de ser de todo sistema jurídico, os direitos humanos, enquanto direitos subjetivos devidamente reconhecidos das mais variadas formas pelos países, são fruto da luta histórica decorrente da proteção da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, a luta histórica pela dignidade humana confunde-se com a construção dos direitos humanos²⁷⁷ que não se “sucedem ou substituem uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais”, não regendo, em regra, as relações entre iguais, mas operando “precisamente em defesa ostensivamente dos mais fracos”, visando obter equilíbrio concreto e real (não abstrato) entre as partes²⁷⁸.

²⁷⁴ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁷⁵ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 3.

²⁷⁶ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁷⁷ CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 234.

²⁷⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional**. 16. ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 65.

Verificada, ainda que sucintamente, a relação entre dignidade humana e direitos humanos, qual seria então a diferença terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais? Sarlet²⁷⁹ aborda com propriedade essa problemática da delimitação conceitual entre os termos “direitos humanos”, “direitos fundamentais”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, dizendo que a própria Constituição brasileira possui uma diversidade semântica ao utilizar expressões distintas: (i) direitos Humanos (art. 4º, II); (ii) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); (iii) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI); e (iv) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV).

Para o professor gaúcho²⁸⁰ os direitos fundamentais seriam “aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivado de determinado Estado”, ao passo que os direitos humanos “guardariam relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional”, possuindo, dessa forma, uma validade universal, “para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”. Nesta tônica, a expressão “direitos do homem” possuiria uma conotação jusnaturalista, isto é, pré-histórica dos direitos fundamentais²⁸¹. Para Castilho²⁸² “os direitos do homem integram o chamado direito natural, uma espécie de moral jurídica universal, em estágio prepositivo, que funcionaria como espécie de fundamento para as futuras positavações em tratados, leis e constituições”.

Nas lições de Steinmetz²⁸³, “os direitos fundamentais, considerados individualmente e em conjunto, são concretizações ou manifestações específicos da dignidade humana. Por isso, mesmo que não houvesse enunciação expressa [...] por força dos direitos fundamentais, seria um princípio constitucional implícito”. Como se vê, existe uma identidade necessária entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, sendo a proteção e a promoção da dignidade humana a base de ambos, conforme se verá com mais detalhe adiante.

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

²⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007a.

²⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 29.

²⁸² CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 204.

²⁸³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 112.

3.1.1.2 O Fundamento filosófico da Dignidade Humana e dos Direitos Humanos

Os romanos abraçaram a ideia grega de justiça, notadamente a concepção aristotélica de justiça particular. Daí os brocardos: “o direito é o objeto da justiça”; “o direito é aquilo que é justo”; “justiça e a vontade constante e perpétua e conferia cada um direito que lhe cabe”; “a lei deriva da justiça”; “a justiça é a arte do bom e do justo”; “o objeto da justiça é viver honestamente, não lesar o outro, conferir a cada um direito que lhe cabe”. A palavra *jus*, portanto, “não era um conjunto de regras, mas o resultado justo e legítimo de uma disputa”. No próprio Digesto consta que “nosso próprio direito civil não tem registro escrito, mas consiste unicamente em interpretações de juristas”. Os *jura*, portanto, não eram considerados direitos individuais, mas não direitos na acepção moderna²⁸⁴.

Cícero, considerado “estoico eclético”, racionalizou o Direito Romano. O ensinamento estoico “transformou radicalmente tanto o método clássico de argumentação sobre o naturalmente justo quanto a essência da natureza, a origem da lei”. A lei natural passou a ser a expressão de uma razão divina que se impregnava em todo o mundo, notadamente na lei humana. Enquanto a ‘natureza aristotélica’ acreditava no potencial crescimento e perfeição da essência de uma coisa, a ‘natureza estoica’ tinha um caráter estático em virtude do espírito onipresente e determinante que se encontrava em absolutamente tudo. Essa natureza, portanto, era “expressada ontologicamente e espiritualizada”. Deste modo, a essência da lei natural deveria ser encontrada através da reta razão humana impregnada pelos mandamentos de Deus. Neste caso, a alma, *vis innata* de Cícero, seria uma força interna a unir o ser humano ao *logos* divino²⁸⁵.

Vale a pena a transcrição do célebre texto de Cícero, contido no Tratado *De legibus* (“Sobre as Leis”), conforme tradução de John Kelly²⁸⁶:

O verdadeiro direito é a reta razão de acordo com a natureza, difundida entre todos os homens; constante e imutável, deve chamar os homens ao dever por seus preceitos e, por suas proibições, impedi-los de fazer o mal; e ela nada ordena ou proíbe em vão aos homens corretos, conquanto suas regras e restrições sejam desperdiçadas com os malvados. Privar-se dessa lei é impiedade, melhorá-la é ilícito, revogá-la é impossível; não podemos ser dela dispensados por ordem quer do Senado, quer da assembleia popular; não precisamos que ninguém no-la esclareça ou interprete; não será ela uma em Roma e outra diferente em Atenas, nem será diversa amanhã do que é hoje;

²⁸⁴ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 61-62.

²⁸⁵ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 64-65.

²⁸⁶ KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 76.

mas uma única e mesma lei, eterna e imutável, obrigará todos os povos e todas as idades; e Deus, seu criador, explanador e promulgador, será, por assim dizer, o único e universal soberano e governador de todas as coisas; e quem quer que a ela desobedeça, terá por esse ato voltado as costas a si mesmo e à própria natureza do homem, e pagará a mais pesada das penas, mesmo que se esquive das outras punições que forem julgadas adequadas à sua conduta.

Muito embora o Direito natural estoico seja “um dos capítulos mais louváveis na história das ideias e está relacionado a teorias mais recentes dos direitos naturais e humanos”, foi a gradual cristianização do Direito a maior força a impulsioná-lo em direção a uma teoria dos direitos naturais. De uma invenção da imaginação filosófica grega, a natureza no cristianismo passa a ser obra de Deus; o cosmos se transforma no universo natural; os fins naturais se transmudam na posição providencial; a consciência passa a ser a lei de Deus enraizada no coração; o *jus* se conectou à moralidade e “tomou a forma de um conjunto de mandamentos ou regras”; a lei natural passa a estar contida nos Evangelhos²⁸⁷.

Pois bem, o que se verifica na prática é que o respeito à dignidade humana tem seu início e fundamento em toda a narrativa bíblica, isto é, tanto no Antigo Testamento (4.173 a.C - 5 d.C.) quanto no Novo Testamento (45 d.C - 95 d.C.)²⁸⁸. No Antigo Testamento, o respeito à dignidade humana já se inicia no ato da criação. “*Las orígenes de los derechos fundamentales se remontan muy atrás en el tiempo. Basta recordar la declaración de semejanza a Dios del Génesis 1.27: ‘Dios creó al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó’*”²⁸⁹.

No Novo Testamento, o respeito à dignidade acontece quando: (i) o próprio Deus criador dos Céus e da Terra se faz homem na pessoa de Jesus, o Cristo, para receber a pena capital que seria destinada à humanidade por causa do “pecado”²⁹⁰; (ii) Jesus enfrenta a misoginia, atribuindo dignidade à mulher adúltera quando a protegeu diante de seus acusadores e lhes disse que atirassem a pedra quem não tivesse pecado; (iii) Jesus ataca a xenofobia, a intolerância religiosa e a misoginia de uma vez só quando estabeleceu diálogo com a mulher samaritana vítima de preconceito e exclusão pelo fato de ser mulher, samaritana (samaritanos e judeus se odiavam) e casada mais de 5 vezes (a cultura da época repudiava o divórcio); (iv) Jesus quebra o paradigma religioso extremamente metafísico e desconectado com a realidade

²⁸⁷ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 67-70;

²⁸⁸ EICHRODT, Walther. **Teologia do antigo testamento**. Tradução de Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Hagnos, 2004.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. Direito Constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 799, p. 33-51, mai. 2002.

²⁹⁰ GRUDEM, Wayne A. **Teologia Sistemática**. São Paulo: Vida Nova, 2015.

local quando ensina que as pessoas O encontrarão quando alimentassem os necessitados, vestissem os pobres, acolhessem os estrangeiros e visitassem os presos.

Ao fim, Jesus resumiu toda a Lei judaica e o ensinamento dos Profetas, lançando as bases do que seria acolhido posteriormente por Immanuel Kant através do imperativo categórico²⁹¹, ao dizer: “Assim, em tudo, façam aos outros o que vocês querem que eles lhes façam; pois esta é a Lei e os Profetas” – Evangelho de Mateus capítulo 7 versículo 12.

Maria Celina Bodin de Moraes²⁹² aduz que o cristianismo “pela primeira vez, concebeu a ideia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo”, ao se referir ao texto de Genesis. Essa dignidade pessoal ou individual culminou no individualismo ou na “invenção do indivíduo”. Este processo de nascimento do homem moderno e dos direitos individuais significa a transformação do *jus* objetivo da tradição clássica medieval nos direitos subjetivos e no indivíduo soberano²⁹³.

Michel Villey aponta três causas principais para o surgimento e amadurecimento do individualismo: o cristianismo, o humanismo e o nominalismo²⁹⁴.

Diferente de Aristóteles que considerava o indivíduo dentro da cidade, para o cristianismo “uma parte essencial do indivíduo escapa” do seu controle. Para Santo Agostinho, “cada cristão está ligado ao império apenas de modo precário, incerto, porque sente que pertence muito mais a cidade supraterrrestre e atemporal, inorgânica, uma cidade somente imagética”. De acordo com Tomás de Aquino (1225-1274) “o cristão deixa de ser parte do organismo político, ele é um todo, um valor em si”, haja vista ser “ele mesmo um fim superior aos fins temporais da política, e sua pessoa transcende o Estado”. É daí que provem, consoante Villey, “os germes das *liberdades* que serão opostas ao Estado nos futuros direitos do homem”²⁹⁵.

Aquino, na verdade, compreendeu a dignidade sob dois prismas: aquela inerente ao homem como espécie e a existente *in actu* só no homem enquanto indivíduo. Deste modo, o homem não mais deveria olhar apenas para Deus, mas também olhar para si mesmo e ter a

²⁹¹ Nos termos de Abbagnano, “O termo ‘imperativo’, criado possivelmente por analogia ao vocábulo bíblico ‘mandamento’, não passa de um outro nome para a palavra ‘dever’”. Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 80.

²⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 77.

²⁹³ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 74-82.

²⁹⁴ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Martins Fontes, 2003.

²⁹⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Martins Fontes, 2003, p. 126-127.

consciência de sua própria dignidade²⁹⁶. No quadro intelectual da Idade Média, a originalidade de São Tomás residiu na união entre o tradicionalismo e o espírito renovador.

A contribuição do humanismo ocorreu a partir da renascença com a ruptura do mundo laico ocorrida no século XVI. A teologia passou a ser matéria exclusiva do clero, perdendo-se, assim, “o belo equilíbrio que São Tomás instaurara entre os estudiosos teológicos e a filosofia pagã”. O vivo interesse por Platão a partir do século XVI trouxe consequências para a filosofia eis que se transformou em uma das fontes para o idealismo moderno. “Se o direito moderno tomou a forma de um sistema ideal de normas, alijado da experiência concreta, o renascimento platônico não é totalmente isento de responsabilidade”²⁹⁷.

As doutrinas helenísticas também influenciaram o humanismo. Estas seitas surgiram após o declínio do regime da cidade grega. Dessa forma, os seus autores não podendo mais tratar de política passaram a se interessar pela conduta da vida pessoal do sábio mediante a construção de doutrinas morais. Por fim, vale o registro do *epicurismo cristão* que coloca como fim o prazer do indivíduo onde cada um deve buscar antes de tudo a sua própria felicidade. “Nada impede que se estenda aos semelhantes a felicidade que se começou a perseguir egoisticamente”²⁹⁸.

Após Tomás de Aquino, a filosofia sofre uma virada individualista com dois franciscanos, o escocês Duns Escoto (1266-1308)²⁹⁹ e o inglês e teólogo franciscano Guilherme de Occam (Ockham) (1288-1347)³⁰⁰, influenciadores de Lutero e Hobbes bem como geradores de duas influentes escolas de filosofia do século XVI: o escotismo e o nominalismo. Esta última

²⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

²⁹⁷ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Martins Fontes, 2003, p. 129.

²⁹⁸ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Martins Fontes, 2003, p. 130.

²⁹⁹ “Duns Scotus afirmava que a vontade de Deus tem prioridade sobre sua razão e o bem existia porque o Onipotente assim o queria e ordenava, e não em virtude de alguma outra qualidade independente. Desse modo, a origem e o método da lei começaram a se modificar. Gradualmente passaram da razão para ‘Vontade, pura Vontade, sem qualquer fundamentação na natureza das coisas’. Do mesmo modo, a tarefa do jurista não era mais encontrar a solução justa, mas interpretar as ordens do legislador para os sujeitos fiéis” (DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 76).

³⁰⁰ “As implicações legais do nominalismo não podem ser exageradas. Guilherme argumentava que o controle exercido por indivíduos privados sobre suas vidas era do tipo de *dominium* ou propriedade e, além disso, que essa propriedade natural não era uma garantia da lei, mas um fato básico da vida humana. O poder absoluto do indivíduo sobre suas capacidades, um prenúncio inicial da ideia de direitos naturais, foi um presente de Deus para o homem criado à sua imagem. Ao mesmo tempo, os nominalistas baseavam sua ética nos mandamentos divinos e deduziam a lei toda a partir de suas prescrições. A lei era dada pelo legislador divino cuja vontade é absoluta e obrigatória para os humanos per se e não porque correspondia à natureza ou à razão”. DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 76.

foi mais influente e decorreu da desconfiança da ideia grega de determinismo decorrente da ordem cósmica ocasionando a destruição da ontologia aristotélica.

Como se vê, o nominalismo possui a sua origem nos séculos XI e XII conhecendo o seu apogeu a partir do século XIV. Seu pleno desenvolvimento está ligado a Guilherme de Occam³⁰¹ segundo o qual “não existem valores absolutamente bons mas sim um legislador essencialmente bom”. Na verdade, “os valores morais residem no conteúdo do mandado divino, sendo que se ele ordenar que algo diferente seja feito, este passará a ser bom, e o seu não cumprimento, mau”. Logo, “os conceitos como roubo ou adultério não designam uma qualidade ético-material absoluta, pois, uma vez cessada a proibição, tais atitudes deixarão de ser roubo e adultério”³⁰².

O posicionamento de Occam é considerado como um “extremo positivismo moral”, pois não importaria saber o conteúdo das normas éticas, mas apenas conhecer quem é seu legislador. Mais a frente na história Hobbes aplicará tal princípio não a Deus, mas ao Estado. “Esse tipo de posicionamento moral não conhece relação axiológica material objetiva, mas extrai toda diferença de valor ético de decisões da vontade de uma potência superior”³⁰³. Guilherme de Occam atribuía ao fato básico da vida humana e não à lei o controle exercido por indivíduos privados sobre suas vidas. O prenúncio dos direitos naturais residia no poder absoluto dos indivíduos sobre suas capacidades.

Outra característica dos nominalistas é que eles só reconhecem a existência real a seres singulares e não universais (cidadão de Atenas). Dessa forma, os termos universais passam a não possuir a devida correspondência um objeto real, servem apenas como instrumentos linguísticos para conotar uma “pluralidade de objetos que tenham em si alguma semelhança”. Os temas universais não tem uma existência para além da mental e instrumental, logo podem ser forjados livremente. “Não lhes pedimos que sejam verdadeiros (quer dizer, adequados ao real), mas que nos ajudem a raciocinar, que possibilitem operações sobre os fenômenos singulares, que sejam simplesmente operatórios”³⁰⁴. Em resumo, como ensina Rodrigues

³⁰¹ “Certamente, Ockham afasta a razão como juíza das leis, dando lugar tão somente à vontade divina, atribuindo menor valor à razão que os aristotélico-tomistas”. ALVES, Rodrigo Vitorino. Jusnaturalismo medievo e direitos humanos: reflexões sobre o direito em Tomás de Aquino e Guilherme de Ockham. **Revista CEPPG-CESUC**, Catalão, n. 20, p. 89-102, 2009. p. 12.

³⁰² WELZEL, Hans. **Derecho Natural y Justicia Material**. Madrid: Aguilar, 1957, p. 103.

³⁰³ WELZEL, Hans. **Derecho Natural y Justicia Material**. Madrid: Aguilar, 1957, p. 106.

³⁰⁴ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Martins Fontes, 2003, p. 132.

Júnior³⁰⁵, “o nominalismo [...] considera que a natureza das coisas é um mero produto do espírito do homem”.

A transformação do Direito Natural objetivo em direito individual fruto dos conceitos de vontade legislativa absoluta e de que somente indivíduos existem gerou uma “revolução cognitiva, semântica e finalmente política”³⁰⁶.

Michel Villey aponta para a importância cardinal do nominalismo exercendo influência nos sistemas jurídicos modernos através de Hobbes, Hume e Bentham. Ele também chama a atenção para uma ligação manifesta entre o começo do nominalismo e um dos acontecimentos maiores da história da Europa moderna: a eclosão da ciência no sentido moderno do termo a partir do século XVII com Galileu, Pascal, etc. Enquanto a ciência clássica aristotélica pretendia aprender qualidades universais, a ciência moderna teve como fundamento a experiência de fatos singulares de onde surgiu a necessidade de dissecar, ou seja, analisar o seu objeto (ciência atomística)³⁰⁷.

Os direitos humanos decorrem dos direitos naturais, logo “foram o produto da filosofia moderna surgida no século XVII”³⁰⁸. Jonhn Finnis, por exemplo, usa os termos “direitos humanos” e “direitos naturais” como sinônimos sendo o primeiro termo uma “expressão contemporânea” do segundo³⁰⁹. Reputa-se a Giovanni Pico della Mirandola (1463-1494) a figura de “criador” dos direitos humanos através de sua obra *Discurso sobre a dignidade do homem*³¹⁰. Para Michel Villey, o *Leviatã* (1651) seria o primeiro texto “no qual está definido o ‘direito do homem’”. Contudo, ele complementa dizendo que “não afirmaremos que Hobbes tenha sido o inventor do termo. Mas que em sua obra aparecem em plena luz suas fontes, seu conteúdo e sua função original”³¹¹.

³⁰⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 157.

³⁰⁶ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 76.

³⁰⁷ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Martins Fontes, 2003, p. 133.

³⁰⁸ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 137.

³⁰⁹ FINNIS, Jonh. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo-RS: Ed. Unisinos, 2006, p. 195.

³¹⁰ “O essencial no Discurso de Giovanni Pico della Mirandola está no antropocentrismo, um traço que se impregnou em toda a literatura filosófica posterior, especialmente em Immanuel Kant, cujos vestígios se encontram até aos dias atuais, inclusive no Código Civil, sob as vestes do ‘personalismo ético’”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

³¹¹ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 142

Não menos importante é a contribuição de Grócio³¹² (1583-1645) a partir da ideia “dos direitos naturais do indivíduo”³¹³. Ele é considerado o fundador do direito internacional baseado nos três axiomas da moralidade: “não tomaras o bem e outrem; manterá tuas promessas; repararás os danos causados por tua culpa”³¹⁴.

O fato é que não existe um consenso doutrinário acerca da origem dos direitos naturais eis que elas são sucessivamente colocadas no início da Idade Média (Tierney), no século XIV (Villey) ou no XVII (MacPherson, MacIntyre, Shapiro e quase todo o resto). Para Costas Douzinas, de mais a mais, o filósofo reconhecido como tendo dado o passo crucial para a “transformação do Direito Natural em direitos naturais oscila de Guilherme de Ockham a Grócio, Hobbes ou Locke”³¹⁵.

Muito embora esta filosofia tenha sido formada livre do domínio das Faculdades de Teologia e em oposição à filosofia Clássica da Antiguidade, o que se verifica é uma continuidade da ideologia cristã. Os grandes filósofos da modernidade (Descartes, Espinosa, Leibniz, Grócio, Hobbes, Selden, Cumberland, Pufendorf, Locke etc.) pensavam de acordo com os dogmas cristãos. Deste modo, é possível afirmar que os direitos humanos possuem como primeira fonte uma teologia cristã, que Villey³¹⁶ chama de *desviada*, ou de teologia laica, cujo cientificismo baseado na lógica formal reduziu demasiadamente o conteúdo das Escrituras. Douzinas³¹⁷ chama esse movimento de “deísmo laicizado”, responsável pela “substituição de Cristo por um Deus da Razão”, configurando uma “rebelião da razão contra a organização teocrática da autoridade”.

³¹² “[...] as obras de Hugo Grócio e Samuel Pufendorf, juntamente com o trabalho dos juristas da escola de Salamanca, particularmente de Francisco de Vitória, constituem um marco no deslocamento da idéia de direito do campo objetivo para a esfera subjetiva. Em *O direito da paz e da guerra*, Grócio procura laicizar o direito sustentando que ele é acima de tudo uma ‘qualidade moral da pessoa’ procedente da razão humana e não de alguma autoridade transcendente. Como tal, ao menos em hipótese, o direito existiria ainda que Deus mesmo não existisse. Da mesma forma, Pufendorf, em *O direito da natureza e das gentes*, insistirá no sentido de que a palavra direito significa, antes de tudo, aquilo que cada indivíduo está autorizado a fazer, ou seja, como uma liberdade pessoal. Por fim, Vitória defenderá a tese de que o direito encontra-se inserido na natureza de cada homem, existindo, portanto, antes mesmo da própria formação da sociedade civil”. RABENHORST, Eduardo Ramalho. Teoria do direito e teoria dos direitos humanos. In: Tosi, Giuseppe (Org.). **Direitos Humanos: história, teoria e prática**. 1. ed. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2005. p. 211.

³¹³ KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 297.

³¹⁴ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Martins Fontes, 2003. p. 112.

³¹⁵ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 32.

³¹⁶ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

³¹⁷ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 77.

Conforme ensina Villey: “a filosofia dos modernos se inclina ao deísmo: a Cristo vem substituir-se o Deus produzido pela razão do Homem”³¹⁸. A partir dos filósofos jusracionalistas, a natureza deixa de ser o padrão de crítica transcendente e passa a representar uma “tentativa de desvendar os elementos comuns da humanidade”³¹⁹. A divindade ou o criador se tornam um acessório decoroso para uma apresentação essencialmente racionalista³²⁰. A moral se torna uma discussão exclusivamente humana. Os deveres para com Deus desaparecem e esta “quase religião do Homem ocupou o lugar da teologia”³²¹.

Esclarecida esta parte introdutória, segue-se para o estudo sucinto acerca da contribuição fornecida por Hobbes, Locke e Kant à construção moderna dos direitos humanos. Muito embora existam inúmeros teóricos que contribuíram para a moderna concepção de direitos humanos, neste tópico serão abordadas brevemente apenas as destes três.

Thomas Hobbes de Malmesbury (1588-1679). Hobbes é considerado por Douzinas³²² o “fundador da tradição moderna dos direitos individuais, o primeiro filósofo a substituir completamente o conceito de justiça³²³ pela ideia de direitos”. Outrossim, é considerado o filósofo que “tirou todas as consequências do nominalismo para o direito. Pode ser chamado de fundador da filosofia do direito individualista moderno”, muito embora os princípios de seu sistema já se encontrassem em Occam e Scot. Ele é “bastante representativo da nova linguagem de intelectuais, laica e burguesa, que destruiu a ditadura da Escolástica”³²⁴.

Ele oferece uma “contribuição revolucionária”³²⁵ para a jurisprudência e para declaração e definição dos modernos direitos do homem. É possível extrair os seguintes pontos fundamentais: *(i) conceito de direito natural (jus naturale)* como sendo a “liberdade que cada

³¹⁸ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 138.

³¹⁹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 78.

³²⁰ KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 341.

³²¹ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Martins Fontes, 2003, p. 113.

³²² DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 83.

³²³ “Embora o tema ‘justiça’ não seja o foco da abordagem jusnaturalista neste ensaio, seguem algumas considerações pertinentes ao contexto. A palavra justiça, para os gregos, é polissêmica e ora pode ser utilizada no sentido amplo como no sentido estrito. Em *lato sensu*, é quase sinônimo de moralidade, uma vez que não aponta um tipo específico de comportamento, muito embora seja uma qualidade humana que se inclina para o bem, para fazer o que é certo. No sentido particular, em *stricto sensu*, justiça seria todo o ato de não se apossar daquilo que não lhe pertence, ou seja, o objetivo da justiça particular importa necessariamente na partilha de bens a garantir o direito de determinado indivíduo. Em resumo, Aristóteles distinguia a justiça geral da justiça particular. A justiça geral estava ligada à disposição moral para agir e desejar o que é justo, bem como proporcionar o bem dos outros. Já a justiça particular existia nas cidades para partilha equitativa dos objetos”. VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Martins Fontes, 2003, p. 59.

³²⁴ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Martins Fontes, 2003, p. 139.

³²⁵ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 84.

homem possui de usar seu próprio poder da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e consequentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim”; **(ii) conceito de lei natural** como “preceito regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe ao homem” destruir sua vida ou preservá-la; **(iii) distinção entre direito (*jus*) e (*lex*)**. O primeiro consistiria na liberdade de fazer ou omitir; o segundo a determinação ou obrigação de fazer uma dessas coisas³²⁶.

Michel Villey aponta uma mudança de método e de linguagem da ciência do Direito que “não será mais a solução justa (*dikaion – id quod justum est*), mas o conjunto das leis. Quais leis? Não mais a Torá nem a lei natural moral, mas as leis postas pelo Estado para instituir a ordem social”³²⁷. O direito seria um abrigo seguro para aqueles que desejassem fugir do estado de natureza. O que está em jogo é o próprio interesse. O direito destina-se, então, para o indivíduo.

Em Hobbes, a razão perde suas bases metafísicas (alma e espírito) decorrentes do estoicismo e do cristianismo e passa a se associar ao cálculo (razão calculista e instrumental dos modernos). A razão passa a observar a natureza humana e descobre que “o desejo é mais forte que a razão”. De acordo com Hobbes, “seja qual for o objeto do apetite ou desejo de qualquer homem, esse objeto é aquele a que cada um chama bom; ao objeto de seu ódio e aversão chama mal, e ao seu desprezo chama vil e indigno³²⁸”. Dentro desse contexto, Costas Douzinas assevera que o desejo se torna mais forte que a razão e o “nominalismo teológico” transformar-se-ia em “individualismo científico”. A filosofia moral de Hobbes – denominada de hedonismo político – abre o caminho para o utilitarismo. A razão passa a ser o principal instrumento para tornar o prazer individual a finalidade da lei que não mais busca a virtude e a justiça. Em suma, sua antropologia individualista e mecanicista ensinava que “as paixões egoístas dos seres humanos só arrefecem diante de um mal maior, diante das ameaças do estado de natureza, antes, ou diante das ameaças do soberano, depois do contrato social”³²⁹.

No final das contas, “o novo direito natural é o poder de fazer qualquer coisa, uma soberania ilimitada e indivisa do Eu” que “projeta a si mesmo no mundo e se torna um agente

³²⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*, Col. **Os Pensadores**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria BN da Silva. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1997. p. 113.

³²⁷ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Martins Fontes, 2003, p. 141.

³²⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã*, Col. **Os Pensadores**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria BN da Silva. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1997. p. 115.

³²⁹ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 92.

soberano, para Hobbes, ou um sujeito autônomo e responsável, para Kant”. Hobbes tira a ideia de “dever” do direito e a deixa na concepção de lei. Enquanto o direito confere poderes, a lei impõe deveres. “O reconhecimento político do desejo conduz à primazia do direito sobre o dever”³³⁰. Também não há que se falar em direitos acima da soberania constituinte uma vez que o Leviatã não poderia ter qualquer “amarra prévia”.³³¹

Hobbes, profundamente influenciado pelo nominalismo de Occam (ou Ockham), parte do ser humano para explicar o direito da “lei natural”, ao invés de tratar inicialmente a confusa noção desta lei. Ao separar o indivíduo da ordem social (da comunidade), instalando-o no centro, como sujeito da modernidade e origem da lei, Hobbes descola o olhar do observador da sociedade para o indivíduo isolado em um estado de natureza pré-social. Deste modo, os direitos passam a pertencer apenas aos indivíduos, sendo incorreto se falar sobre direitos de uma comunidade. Importante lembrar que “para Aristóteles e Aquino, os juristas poderiam encontrar um modelo de organização legal e as respostas para problemas legais na ordem natural do seu mundo”³³². O filósofo inglês acreditava que a natureza humana possui traços em comum capazes de identificar o que seria naturalmente lícito.

Hobbes ensina que os indivíduos viviam isolados e em um “estado de guerra”, que ele também chama de estado natural, sem qualquer lei comum que os governasse. A liberdade era ilimitada nessa circunstância de ausência de ordem social. Tudo é permitido aos homens no estado de natureza. O direito natural se expressa, portanto, através da liberdade de agir conforme seu juízo. Entretanto, qual o benefício em se poder fazer tudo em circunstâncias de total insegurança e guerra permanente? Desse modo, com o objetivo de preservar a própria vida, deveriam estes indivíduos, contratualmente, sacrificar suas liberdades³³³ em prol do Soberano (deus mortal), único capaz de restaurar a paz e a ordem, bem como de conservar o direito natural. O Estado, portanto, forma-se a partir do contrato social sem, contudo, a ele se obrigar³³⁴.

³³⁰ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 86-88.

³³¹ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 92.

³³² DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 85.

³³³ Fazendo uma ponte com a atualidade acerca da restrição da liberdade no ordenamento jurídico, vale lembrar o ensino do Prof. Lourival Vilanova: “O ordenamento jurídico regula a conduta humana negativamente, na medida em que permite determinada conduta pelo fato de a não proibir. Recusando a demanda, ou absolvendo o acusado, o órgão judicante aplica o ordenamento, que se integra com o preceito geral de que o que não está proibido, está permitido. É a tese kelseniana”. VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Ed. Noeses, 2010. p. 238.

³³⁴ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 92.

A transferência de todos os poderes e de todos os direitos para o Estado (Leviatã) não incluía o direito à vida, que deveria ser preservada. O estado de natureza hobbesiano não pode ser considerado hipotético, eis que expressava o estado de guerra civil que ocorria em virtude das guerras religiosas, logo, conclui-se que esse estado de guerra civil seria a volta ao estado de natureza a ser evitado³³⁵.

Decorrido este longo processo, percebe-se a transformação do direito natural em direitos individuais concedidos pelo Estado bem como a redução da justiça a obediência à lei. Costas Douzinas resume bem o Leviatã ao argumentar que:

Todos os elementos da modernidade política e jurídica estão presentes no Leviatã: o indivíduo anterior à sociedade; os direitos naturais e posteriormente os direitos humanos baseados no reconhecimento do desejo da lei; o soberano convencional, criado à imagem do indivíduo livre, cujo direito estabelece o direito individual; o positivismo jurídico e a centralidade da vontade e do contrato³³⁶.

A soberania do Estado não passa de um atributo da individualidade e “sua construção fictícia é necessária porque as coletividades não têm direitos”³³⁷. Os direitos naturais (individuais) conflitantes levam ao pacto que origina o Leviatã que, por sua vez, utiliza a lei com o objetivo de proteger os referidos direitos. Nesse contexto, os direitos contra o Estado (direitos públicos) são completamente excluídos restando os direitos privados como o fim e o valor do sistema de leis, “que se torna um sistema de direitos subjetivos, de suas precondições e consequências: contratos, um Estado forte e uma lei absoluta”³³⁸.

O triunfo do sistema hobbesiano produziu, para Villey³³⁹, paradigmas e dogmas vigentes até a atualidade, a saber: (i) a soberania dos poderes públicos (ideia moderna de Estado); (ii) o positivismo jurídico (leis seguidas de sanções); e (iii) os direitos subjetivos³⁴⁰.

³³⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

³³⁶ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 92.

³³⁷ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 94.

³³⁸ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 94.

³³⁹ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁴⁰ “[...] para aumentar a riqueza e a força de seu reino, ocorrerá que o soberano redistribua a seus súditos parcelas de liberdades, dessa vez limitadas no espaço, de sorte que eles possam coexistir - propriedades. Para que progrida a economia, ele dará força às promessas dos particulares. Contratos consensuais. Sabemos que Hobbes não conhece outros. Autonomia da vontade nas relações comerciais. Em suma, os particulares calcularam racionalmente ao criar o Estado. Nele ganharam as condições da prosperidade, da aquisição de direitos subjetivos dessa vez substanciais, eficazes, protegidos pela espada do príncipe”. VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 149.

John Locke (1632-1704). O segundo renomado filósofo jusracionalista, que contribuiu para a concepção dos “direitos humanos”, foi o também contratualista John Locke, cujos escritos se apresentaram como arma contra o absolutismo, notadamente diante da ameaça dos direitos dos particulares por parte das leis ditadas pelo príncipe. Surge então a ideia de direitos oponíveis ao Estado.

Enquanto o contrato de Hobbes constitui o direito e “desaparece da vida pública, só podendo ser questionado no caso de o soberano não conseguir garantir a própria sociedade civil e o direito à vida dos cidadãos”³⁴¹, o contratualismo de Locke se mantém na esfera pública para limitar o poder do soberano, “que é parte dele e a ele está submetido”³⁴².

No entender de Costas Douzinas³⁴³, muito embora Locke seja apresentado como fundador do liberalismo em contraposição ao totalitarismo de Hobbes, as principais pressuposições daquele não diferem deste. O contrato social de ambos é um instrumento de sujeição. Assim como Hobbes, Locke ensinava que a força da natureza humana estava no seu desejo, um desejo conferido pela natureza de ser feliz em contraposição à repulsa da miséria. Os homens não só deveriam ter a permissão de buscar sua felicidade, como não poderiam ser obstruídos deste desejo (direito).

Em Locke, é a propriedade³⁴⁴, no sentido *lato*, que abarca todo o direito individual no estado de natureza, no qual todos os homens nascem iguais e livres, isto é, no estado de natureza, a propriedade já constitui um direito do homem. Para o filósofo inglês, Deus concedeu a criação à humanidade para esta dominá-la.

O direito do homem não se restringe a fazer o que lhe é útil, mas ao direito a coisas. Diferentemente do caráter ilimitado da liberdade, para Locke, o direito de propriedade é limitado no espaço. O estado de natureza de Locke também difere, na medida em que não há estado de violência, já que há uma lei comum que regula o respeito mútuo entre os homens³⁴⁵. Logo, inexiste abdicação da liberdade, mas, sim, a expansão hobbesiana de direitos,

³⁴¹ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 93.

³⁴² ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 93.

³⁴³ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

³⁴⁴ “O direito natural à propriedade deriva do direito de autopreservação e não é apenas o direito de locomoção e ação”. DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 96.

³⁴⁵ Sobre este debate, ver FOUCAULT, Michel. Nascimento da Bill política. Curso dado no College de Français. 2008. p. 406-409: “A história humana sempre existiu ‘por grupos’, diz Ferguson [...] ‘a sociedade é tão antiga quanto o indivíduo’ [...] o vínculo social se forma espontaneamente [...] é o estado de natureza que quer que o homem esteja em estado social [...] o que vincula os indivíduos na sociedade civil é o instinto, é o sentimento, é a simpatia, são os movimentos de benevolência dos indivíduos uns para com os outros, é a compaixão, é também a repugnância a outros indivíduos, é a repugnância à infelicidade dos indivíduos, mas é eventualmente o prazer que podemos sentir com a infelicidade de outros indivíduos de que vamos nos separar”.

notadamente a liberdade de consciência, que lhe é interior, um atributo humano. Para Grócio e Hobbes, o príncipe teria o direito de decidir sobre a questão dos dogmas e dos cultos; já para Locke, a religião deveria ser tratada no âmbito privado.

Outro ponto de destaque defendido por Locke no estado natural é a liberdade de opinião, corolário da inexistência de uma verdade objetiva. Outrossim, não menos importante, é a exaltação do direito de resistência à tirania. Locke, discordando de Hobbes, acreditava que o consenso entre os membros do Estado deveria ser seu único fundamento. Maria Celina Bodin de Moraes³⁴⁶ ensina que, em 1689, através do célebre *Ensaio sobre a compreensão humana*, a palavra “pessoa” foi empregada para designar aquilo que alguém chama de “si mesmo” e conclui: “Locke associa ao termo as palavras ‘identidade’, ‘consciência’ e ‘memória’, vendo o ser humano individual como um ser dotado de identidade reflexiva, em virtude da consciência dessa sua identidade”.

A doutrina de Hobbes e Locke, maiores representantes do jusracionalismo, contribui para esta obra, na medida em que se apresenta essencial para a construção moderna dos direitos humanos em especial, no que se refere à mudança paradigmática do pensamento jurídico com foco nos seguintes aspectos: (i) substituição dos direitos comunitários por direitos individuais; (ii) finalidade do direito focado no prazer individual, e não mais na virtude e na justiça; (iii) razão como instrumento para regulação dos desejos; (iv) supremacia dos direitos sobre os deveres; e (v) expansão de direitos individuais, de liberdade, da pessoa e dos seus desejos, da propriedade privada; aspectos estes também fundamentais para a construção do atual Direito Civil.

O pensamento de Locke é considerado por João Maurício Adeodato o que mais “impregnou o constitucionalismo que triunfou no Ocidente enquanto filosofia política e o correspondente positivismo democrático enquanto filosofia jurídica”³⁴⁷. A consequência prática deste arcabouço teórico está expressamente descrita no art. 2 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos

³⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 80.

³⁴⁷ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 93.

naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à ‘opressão’”³⁴⁸.

Immanuel Kant (1724-1804). Por fim, resta evidente e incontestável por parte da doutrina a contribuição de Kant³⁴⁹. Para João Maurício Adeodato³⁵⁰, o mencionado filósofo irrompeu uma revolução copernicana contra o jusracionalismo sustentado por Hobbes e Locke ao inadmitir pressupostos da metafísica jurídica do jusracionalismo, na medida em que firmou postulados da autonomia moral da personalidade e da ética formal do dever e da liberdade. Barroso³⁵¹ o considera como um dos filósofos mais influentes do Iluminismo e uma “referência central na moderna filosofia moral e jurídica ocidental”.

Na obra “*primeiros princípios metafísicos da doutrina do direito*” (1776), Kant conceitua o direito como “conjunto de condições que possibilitam a coexistência das liberdades individuais”³⁵². Para Villey, seu único objetivo é a liberdade a ser deduzida dos primeiros princípios inerentes à Razão individual. Neste norte, o direito liga-se “ao reino do ideal” afastando-se cada vez mais do mundo real.

Luís Roberto Barroso³⁵³ atesta que a extrema influência de Kant na história do pensamento não afastou a sua teoria moral de certas críticas, como as de David Hume, que construiu sua filosofia moral com base nos sentimentos e não nos limites da razão, e Hegel, que combateu a ética kantiana eis que sua moral era “excessivamente abstrata e sem conteúdo, necessitando ser reconciliada com padrões éticos de comunidade”.

³⁴⁸ Do original: “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.*”. FRANCE. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Conseil Constitutionnel. Paris. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 12 dez. 2019.

³⁴⁹ “Kant é considerado um filósofo complexo, difícil até. Mesmo quem não esteja particularmente de acordo com essa opinião, não pode deixar de reconhecer as profundas diferenças, inconciliáveis, entre correntes que igualmente se intitulam kantianas. E não pode deixar de reconhecer sua importância. Kant afirma, no prefácio à segunda edição (1787) de sua Crítica da Razão Pura, que o ponto de partida da nova metafísica precisa ser a concepção da ciência elaborada por Copérnico, Galileu e Newton, cujo método procure adequar a filosofia. Embora certamente mais antiga do que as matemáticas as ciências físicas, a metafísica não tinha ainda enveredado pelo caminho seguro da ciência – até a edição da *Kritik*, diria Kant – justamente por não ter procedido a uma crítica rigorosa dos seus princípios básicos, delimitando criteriosamente até onde pode ir com segurança o sujeito que pretende conhecer algo”. ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo. Saraiva, 1996. p. 23.

³⁵⁰ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo. Saraiva, 1996.

³⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 68.

³⁵² VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Martins Fontes, 2003, p. 145.

³⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 69.

Nesse contexto crítico, Perelman³⁵⁴ realiza a seguinte observação:

Encontramos confrontados, no que diz respeito aos direitos humanos, com situação igual aquela assinalada numa discussão anterior sobre os princípios primordiais da moral. É fácil, com efeito, obter um acordo sobre princípios gerais, tais como “é imoral infligir sofrimentos sem necessidade”, “deve-se agir de modo que a máxima de nossa vontade possa tornar-se ao mesmo tempo lei de uma legislação universal” [...] Enquanto tais princípios permanecem suficientemente indeterminados, ninguém tem vontade de contestá-los; mas nascem as discussões assim que se trata de passar dessas regras gerais para casos específicos. [...] A discussão, no que toca à moral, difere completamente da demonstração formal, pois ela é constante correlação de experiências particulares com conceitos de conteúdo parcialmente indeterminado, em constante interação.

Existem outras críticas ao pensamento kantiano³⁵⁵, entretanto, o fato é que elas não são capazes de por si sós de apagar a influência da ética kantiana no debate jurídico contemporâneo. Deste modo, passa-se à breve análise do seu pensamento.

Ensina Barroso³⁵⁶ que Kant, seguindo a antiga tradição grega, dividia a filosofia em três partes: a lógica³⁵⁷, a física³⁵⁸ e a ética³⁵⁹. Esta última seria o domínio da lei moral, “composta por comandos que regem a vontade que está em conformidade com a razão”. Estes comandos expressariam um dever-ser (imperativo) que poderia ser hipotético ou categórico. O primeiro identificaria uma boa ação como meio para alcançar determinado fim, ao passo que o segundo seria uma ação boa em si mesma, “independentemente do fato de servir determinado

³⁵⁴ PERELMAN, Chaïn. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 398.

³⁵⁵ “Essa concepção kantiana foi objeto de restrições de Antonio Junqueira de Azevedo por se voltar para um suposto caráter autocentrado e autorreferente do conceito de dignidade da pessoa humana, o qual se fundaria no “dualismo ‘corpo e alma’, que provêm da filosofia moderna”, embora seja mal explicada a “articulação entre os dois elementos”. Por essa razão, a partir do sentido atual de dignidade da pessoa humana, “os animais não têm alma, nem muito menos o restante da natureza, reduzido à condição de coisa pelo personalismo ético. A ideologia da dignidade da pessoa humana como vem sendo sustentada não só não corresponde ao conhecimento atual da ciência, que fornece à ética fundamento biológico, como também não contribui para a mudança da mentalidade coletiva que a defesa da vida exige hoje”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 180.

³⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 70.

³⁵⁷ “filosofia formal aplicada a todo pensamento”. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 70.

³⁵⁸ “lida com as leis da natureza e descreve o mundo como ele é”. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 70.

³⁵⁹ “tem como objeto a vontade humana e escreve o que ela deve ser”. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

fim”. O imperativo categórico serviria como padrão de racionalidade, representando o que seria “objetivamente necessário em uma vantagem que esteja em conformidade com a razão”.

Através da *Crítica da razão prática*, publicada em 1788, Kant estabeleceu o imperativo categórico, segundo o qual a atitude humana deveria ser de tal forma que a máxima da vontade pudesse sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral. Essa formulação foi desdobrada em três máximas morais: (i) “Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza”, ou seja, o que existe aqui é uma universalidade da conduta ética, que seria válida em todo tempo e lugar; (ii) “Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio”; (iii) “Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais”, nesta terceira máxima, existe separação entre o reino natural das causas e o reino humano dos fins, desse modo, a vontade humana deve ser a fonte da vontade legisladora Geral.

Kant tinha como objetivo “descobrir o princípio supremo de moralidade, um princípio incondicionado da moralidade – incondicionado no sentido de um princípio racional independente de conteúdos empíricos, válido para todos e independente de circunstâncias particulares”³⁶⁰. Através de sua teoria moral, o homem seria um ser racional, existindo como um fim em si mesmo. “Como um fim em si mesmo, o homem não pode dispor ou fazer uso nem de si mesmo nem dos outros como meios”³⁶¹. Seria autotélico, isto é, dotado de autofinalidade, não-funcionalizável ou não redutível, enfim, seria autônomo. Este seria compreendido como “fundamento da dignidade da natureza humana de toda natureza racional”³⁶². Como diz Barroso³⁶³, a “ética kantiana é inteiramente baseada nas noções de razão e dever, na capacidade do indivíduo dominar suas paixões e interesses próprios e descobrir, dentro de si mesmo, a lei moral que deve orientar sua conduta”.

Maria Celina Bodin de Moraes³⁶⁴ aponta as seguintes contribuições oferecidas por Kant para a moderna compreensão da dignidade humana: (i) apresentação do dever não com base em conteúdos fixos representado através de uma lista de virtudes, mas baseado em uma

³⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

³⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

³⁶² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 114.

³⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 68.

³⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

“forma” de validade universal e incondicional capaz de servir de modelo para toda e qualquer ação moral; (ii) o homem deve ser a finalidade última da vontade legisladora; (iii) a dignidade (*Würden*), enquanto valor interior e de interesse geral, jamais deve ser confundida com o preço (*Preis*) que representa um valor exterior de mercado e cujo interesse é meramente particular.

Muito embora a influência da “revolução copernicana”³⁶⁵ produzida por Kant supere em muito a sucinta contribuição do pensador alemão aos direitos humanos, é preciso registrar através das palavras do professor pernambucano João Maurício Adeotado o motivo pelo qual Kant jamais poderia deixar de ser citado:

O interesse pela filosofia de Kant não representa uma volta saudosista ao passado, seja na ética, seja na gnoseologia. Sua atualidade é comprovada pela forte influência que exerceu e exerce no pensamento contemporâneo, sobretudo mas não apenas na tradição alemã. Toda filosofia posterior precisa passar por ele, principalmente se pretender ter algum alcance jurídico. Sem Kant, decerto, Hegel não chegaria da mesma maneira à concepção dialética que desemboca em Marx, nem Husserl, ao método fenomenológico. Heidegger e o existencialismo também tem seu débito para com ele, assim como as teorias de Habermas e Dworkin, Toulmin ou Perelman e Tyteca. Sobre os pós e neokantianos, a própria denominação testemunha o papel da filosofia de Kant. E, no Brasil, sua influência não vem de hoje, pois alegação de nossas teoria e prática jurídicas com o pensamento alemão e especificamente com Kant remonta a pelo menos ao século passado³⁶⁶.

Outros renomados teóricos ofereceram inúmeras contribuições para o desenvolvimento filosófico acerca da compreensão da dignidade humana e dos direitos humanos sob perspectivas diversas, a exemplo de Costas Douzinas com a obra intitulada *O Fim dos Direitos Humanos*.

Em suma, considerando a finalidade do presente trabalho, compreende-se suficiente e adequada a contribuição filosófica fornecida pelos três teóricos mencionados (Hobbes, Locke e Kant), que servem como base para a compreensão do próximo passo: o estudo da dignidade humana sob a perspectiva jurídica.

³⁶⁵ “A revolução copernicana proposta pela crítica kantiana parte de uma mudança na atitude que adota o sujeito cognoscente: o problema não é se podemos conhecer através da razão ou da experiência – questão em torno da qual se debatiam racionalistas empiristas – mas sim como podemos conhecer, isto é, quais os limites do conhecimento, seja pelo lado racional, seja pelo empírico. A pergunta fundamental é: quais as condições de possibilidade da razão pura e da experiência, como existem elas em nós diante de nós”. ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo. Saraiva, 1996. p. 24.

³⁶⁶ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo. Saraiva, 1996. p. 36.

3.1.2 A Dignidade Humana na Perspectiva Jurídica

Não há como negar a influência de todo esse arcabouço filosófico na construção dos pilares que norteiam tanto o constitucionalismo brasileiro atual como os direitos fundamentais expressamente manifestados no *Bill of Rights* inglês³⁶⁷ (1689), na Declaração de Independência dos Estados Unidos³⁶⁸ (1776) e na Declaração de Direitos da Revolução Francesa³⁶⁹ (1789). Outrossim, não se pode negar os resultados teóricos obtidos mediante a estreita ligação entre o direito natural e sua fonte teológica (a dignidade do homem decorrente de sua imagem e semelhança ao Deus judaico-cristão) e racional (a dignidade do homem como um fim e jamais como um meio).

Outros eventos históricos tais como a Reforma Protestante, o desenvolvimento do mercantilismo, o aparecimento do pensamento científico, a estabilização do Estado-nação, as empreitadas marítimas e a emergência de uma classe média revolucionária permitiu, a partir do século XVIII, a contestação da ideia de uma sociedade dividida em indivíduos que tinham títulos de nobreza e os que não possuíam, “porquanto a ideia de que nobres detinham um *status* moral superior dominava a administração pública, a igreja e a maior parte das instituições sociais nesta época”³⁷⁰.

O fato é que apenas a partir da declaração Universal de 1948 verifica-se o acolhimento da dignidade humana – e uma concepção contemporânea de direitos humanos – como valor a iluminar e a orientar o mundo do Direito³⁷¹.

No Brasil, o universo jurídico foi positivamente atingido por este valor reconhecido pelo Direito Internacional. A solução do constitucionalismo pós-segunda guerra foi o de

³⁶⁷ “[...] o *Bill of Rights* pôs fim, pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido. A partir de 1689, na Inglaterra, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada ao Parlamento”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 105.

³⁶⁸ Este fato “representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 111.

³⁶⁹ “Através do estilo abstrato e generalizante, a Declaração francesa de direitos do homem e do cidadão teve uma pretensão de universalidade onde a leis deveriam distinguir dos direitos, eis que as primeiras seriam análogas aos costumes e sofreriam as mudanças do caráter nacional e os segundos seriam em qualquer contexto histórico ou políticos sempre os mesmos”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 146.

³⁷⁰ ALBUQUERQUE, Aline. Curso de direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 5.

³⁷¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas e princípios lógicos da Constituição**. São Paulo: Malleiros, 2003, p. 204.

“positivar declarações de direitos subjetivos ditos fundamentais”³⁷². Acontece que é preciso regular a entrada desse conteúdo moral na seara jurídica, ou seja, é necessário se estabelecer filtros capazes de produzir um corte quantitativo e qualitativo nestes direitos subjetivos. Quantitativo, porque passa a interessar ao Direito apenas aqueles valores reconhecidos pelos sistemas jurídicos, e, qualitativo, porque o sentido jurídico pode ser igual ou não ao sentido filosófico original.

Portanto, o valor da dignidade humana construído filosoficamente ao ingressar nos sistemas jurídicos receberia uma nova roupagem, a jurídica.

3.1.2.1 Conceito, Funções, Dimensões e Concepções da Dignidade Humana na Ordem Constitucional

Trata-se de tema complexo a explicação efetiva, mediante critérios objetivos e claros, acerca do significado jurídico da dignidade humana, notadamente em virtude de sua natureza polissêmica cercada de conteúdos vagos e imprecisos geradores de ambiguidades e porosidade. Entretanto, quando o vago conceito de dignidade, devidamente carregado com seus fundamentos históricos, filosóficos e políticos, ingressa no âmbito do Direito – ocorrendo a chamada “transposição-adequação de conteúdos da filosofia prática para o campo do direito constitucional”³⁷³ – ele necessariamente precisa ser lapidado e ajustado, isto é, conceituado e compreendido através de critérios de ordem objetiva para que possa auxiliar o intérprete e o julgador no sentido de lhe conferir a máxima tutela jurídica.

Ainda mais desafiadora é a matéria quando há o envolvimento de diferentes culturas. Sem querer adentrar na polêmica e na profundidade que o tema exige, por exemplo, nos EUA, a pena de morte, considerada uma violação à dignidade humana na Constituição brasileira, não ofende de *per si* a dignidade, desde que executada de maneira digna em respeito à oitava emenda de 1971 (ver caso julgado na Suprema Corte norte americana envolvendo o caso *Campbell versus Wood* em 1994). Outro exemplo, conforme esclarece Mathieu, é o da Constituição iraniana, em que consta expressamente em seu texto que “a dignidade dos indivíduos é inviolável [...] salvo nos casos autorizados por lei”³⁷⁴.

³⁷² ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 100.

³⁷³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 116.

³⁷⁴ Cf. GONDINHO, André Osório. **Direito constitucional dos contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. Editora Quartier Latin do Brasil, 2010.

Antônio Junqueira de Azevedo aduz que a expressão tomada em si “é um conceito jurídico indeterminado; utilizada em norma, especialmente constitucional, é princípio jurídico fundamental”³⁷⁵. E continua o professor chamando a atenção para seus diferentes termos. Na Declaração Universal, há o reconhecimento da “dignidade inerente a todos os membros da família humana”; na Constituição da República Italiana de 1947, consta que todos possuem a “mesma dignidade pessoal”; na Lei Fundamental alemã de 1949, consta que a “dignidade do homem é intangível”; na Constituição da República portuguesa, reza que a República é baseada na dignidade da pessoa humana.

Barroso³⁷⁶ aponta para dois princípios que despontaram no Brasil nos últimos anos, quais sejam, o da razoabilidade e o da dignidade humana, sendo que o último busca maior densidade jurídica através do estabelecimento de contornos de uma possível objetividade capaz de permitir ao princípio transitar em suas dimensões “ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais”. Em resumo, o autor elucida em outra obra que, inobstante o caráter genérico e abstrato da dignidade humana, “há consenso de que em seu núcleo central deverá estar a rejeição às penas corporais, à fome compulsória e ao afastamento arbitrário da família”³⁷⁷.

Mesmo diante da dificuldade de se encontrar uma definição consensual, clara, precisa e universalmente válida, a dignidade, enquanto própria condição humana e valor intrínseco reconhecido às pessoas no âmbito de suas relações intersubjetivas, possui o reconhecimento e a mais ampla e irrestrita proteção por parte da ordem jurídica constitucional brasileira³⁷⁸.

A noção jurídica de dignidade, em específico, significa demonstrar como a doutrina e a jurisprudência constitucional estão “compreendendo, aplicando e eventualmente concretizando o desenvolvimento de uma (ou várias) concepções a respeito do conteúdo e significado da dignidade da pessoa”. A noção jurídica de dignidade não significa compreendê-la de maneira fixa e estanque, até porque a sua natureza harmoniza uma pluralidade de valores

³⁷⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, São Paulo, p. 90-101, março/maio, 2002. p. 91.

³⁷⁶ **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 30.

³⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 83.

³⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007a.

existentes em uma sociedade democrática. A sua compreensão também permite entender a própria noção de direitos humanos fundamentais³⁷⁹.

Para o Tribunal Constitucional espanhol, “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”³⁸⁰.

Outrossim, Sarlet³⁸¹ aponta que o Tribunal Constitucional de Portugal revela uma dimensão histórico-cultural da dignidade da pessoa humana em detrimento de uma visão puramente apriorística. Trata-se de uma visível refutação à influência do direito natural que considerava dignidade como uma categoria *a priori*.

Também não se pode considerar a dignidade humana como mero apelo ético, haja vista que o seu conteúdo precisa ser determinado, conforme esclarece Ernst Bend, no “contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana”³⁸².

Muito embora a noção de dignidade da pessoa humana remonte a períodos antigos e seja fruto de teorias filosóficas, em especial jusnaturalistas em que os direitos naturais eram deduzidos ora de Deus, ora da razão, ora da natureza humana, a sua relevância jurídica teve início após a catástrofe da Segunda Guerra Mundial, na medida em que o direito passou a exercer importante papel na sua proteção e promoção. Ou seja, as noções meramente filosóficas da dignidade humana e as “abstrações metajurídicas apartadas da história dos homens concretos” passaram a ter lastro político, social, econômico e jurídico³⁸³.

A dignidade no seu aspecto jurídico precisa ser compreendida nas suas diversas concepções. Antônio Junqueira de Azevedo³⁸⁴ aponta para duas. Primeiramente, a concepção insular, que se funda na razão e na vontade, isto é, na autoconsciência que se tornou insuficiente

³⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Palhoça, Ano VIII, n. 14., p.19-51, jan./jul. 2017. p. 22.

³⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas e princípios lógicos da Constituição**. São Paulo: Malleiros, 2003. p. 204.

³⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas e princípios lógicos da Constituição**. São Paulo: Malleiros, 2003. p. 206.

³⁸² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas e princípios lógicos da Constituição**. São Paulo: Malleiros, 2003. p. 207.

³⁸³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 92.

³⁸⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, São Paulo, p. 90-101, março/maio, 2002. p. 92.

no decorrer da história. Nesse caso, a ideia é de autonomia individual e de autodeterminação, prevalecendo uma concepção dualista na relação homem/natureza ou sujeito/objeto, isto é, superioridade valorativa humana, sobrepondo-se à inexistência valorativa da natureza. A outra concepção seria decorrente de uma nova ética em que o ser humano se encontra integrado à natureza, vale dizer, na “capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem”. Essa concepção, então, seria monista, eis que o homem estaria em contínua relação com a natureza, sendo ela um bem e a vida seu valor.

A dignidade humana possui também certas relevantes dimensões que não são necessariamente incompatíveis e reciprocamente excludentes. Para Sarlet³⁸⁵, a primeira delas seria a intersubjetiva e relacional e a segunda seria a dimensão histórico-cultural, conforme se explicará abaixo.

Superando a ideia de dignidade enquanto uma qualidade inata, portanto, natural do ser humano, é possível verificar que a dignidade representa um valor especial e distintivo merecedor de igual respeito, proteção e promoção. Não se deve olvidar que a dignidade é um atributo pertencente a qualquer ser humano, daí a ideia de igualdade em dignidade. Disso decorre a ideia do primeiro artigo da Declaração Universal de 1948, segundo a qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Inobstante a distinção já realizada entre dignidade humana e dignidade da pessoa humana, é necessário partir da premissa de que cada ser humano é único e dessa forma titular de direitos próprios indisponíveis e responsável pelo cumprimento de deveres. “A dignidade humana implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa, traduzida num o feixe de direitos e deveres correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao florescimento humano”³⁸⁶. No entender Habermas³⁸⁷, o mútuo respeito e consideração existentes entre os seres humanos possibilitam através do seu exercício no âmbito do espaço público da linguagem a ideia de intangibilidade da dignidade humana em seus aspectos moral e jurídico.

³⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Palhoça, Ano VIII, n. 14., p.19-51, jan./jul. 2017.

³⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Palhoça, Ano VIII, n. 14., p.19-51, jan./jul. 2017. p. 25.

³⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

Já a dimensão histórico-cultural decorre da luta secular travada pelas inúmeras gerações e pela humanidade como um todo; em outras palavras, a compreensão da dignidade não pode estar refém do subjetivismo veiculado a sentimentos de suposta piedade do julgador, como se a construção jurídica da dignidade fosse algo *a priori*. O magistrado brasileiro precisa ter a sensibilidade de parametrizar a concretização da dignidade, levando em consideração: (i) o sistema jurídico como um todo; (ii) a existência de outros princípios constitucionais que também dão suporte à dignidade e fortaleçam o seu conceito, libertando-a das amarras dos sentimentos rasos e passageiros; e (iii) os direitos e deveres conquistados e solidificados historicamente na Constituição Federal brasileira, de 1988.

Além dessas duas dimensões apresentadas, o referido professor gaúcho ensina que a dignidade possui uma dimensão dúplice, de modo que, de um lado, encontra-se a autonomia da pessoa, ideia esta ligada à autodeterminação a respeito da própria existência, e, do outro, a necessidade da sua proteção, seja ela realizada pela comunidade ou pelo Estado. Esse seria o mesmo entendimento de Dworkin³⁸⁸ ao defender que a dignidade possui uma voz ativa e outra passiva no sentido de que, mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade, merece tê-la considerada e respeitada.

A dignidade possui um aspecto paradoxal na medida em que atribui e restringe liberdade sobretudo quando tende “à consumação de violações de tal sorte graves que possam comprometer a própria dignidade e a personalidade de um indivíduo”³⁸⁹.

Sob o aspecto da teoria geral do direito privado, a dignidade humana significa prestigiar a vida e a liberdade através de atitudes concretas na defesa da família, da casa, da honra, do trabalho, da propriedade, da livre-iniciativa e da empresa. Em relação a este último, “a empresa não é o mercado, mas os homens que a integram e os fins que ela busca para o bem social: elas são a forma jurídica de que se revestem esses sujeitos ativos do mercado, que podem operá-lo”³⁹⁰.

Entender a dignidade sob a perspectiva jurídica significa, no final das contas, compreender a noção de pessoa como sujeito de direitos (*rechtsperson*), em que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade.

³⁸⁸ DWORKIN, Ronald. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Silvana Vieira. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³⁸⁹ GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo:** direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014. p. 47.

³⁹⁰ ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado.** São Paulo: RT, 2008. p. 67.

3.1.2.2 Dignidade Humana, Princípio Estruturante e Abertura Material do Sistema Constitucional dos Direitos e Garantias Fundamentais

O status jurídico normativo da dignidade da pessoa humana no âmbito do ordenamento constitucional não está no rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II da CF/88), pois, na qualidade de princípio constitucional, a dignidade foi elevada à condição de valor fundamental (art. 1º, III da CF/88), atuando como: (i) base elementar das regras jurídicas; (ii) valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem jurídica; (iii) princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa; (iv) limite transcendente do Poder Constituinte; (v) valor fonte da ordem jurídica; (vi) valor jurídico fundamental da comunidade; e (vii) “valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática”³⁹¹.

No âmbito constitucional, a dignidade humana é um princípio constitucional fundamental autônomo, primeiro, porque está expressamente formulado na Carta Magna. Ela também é um princípio fundamental, “porque juridiciza um valor ético que, de um lado, projeta-se sobre todo ordenamento jurídico, e, do outro, dá ao ordenamento jurídico fundamento ou justificação”, e, por fim, é princípio autônomo, pois seu conteúdo não é deduzido ou induzido a partir de outros princípios, “eis que tem formulação expressa em enunciado linguístico específico”³⁹².

É consenso que a plena eficácia da ordem jurídico constitucional está longe de encontrar adequado equacionamento, entretanto sua maior eficácia se dá na articulação da dignidade com o sistema constitucional dos direitos fundamentais. A relação da vinculação entre ambos é complexa e exige mais aprofundamento, uma vez que está em debate não a função do elemento informador (direta e indiretamente) da dignidade em relação aos direitos fundamentais, mas a intensidade dessa vinculação e a forma de concretização, até porque a dignidade também atua não só como fundamento, mas também como conteúdo dos direitos fundamentais.

Um tema relevante no que se refere à conexão entre a dignidade humana e os direitos fundamentais diz respeito ao fato de que não são reconhecidos apenas aqueles direitos fundamentais expressos em um capítulo específico da Constituição, mas outros que estejam

³⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 82.

³⁹² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 92. p. 112.

disciplinados ao longo da Carta Constitucional, bem como os que estiverem abordados em tratados internacionais.

Essa abertura material dos direitos e das garantias fundamentais tem fundamento internacional na IX Emenda da Constituição norte-americana (1787) e nacional na Constituição brasileira de 1891. Atualmente, encontra-se positivada no atual artigo 5º, parágrafo 2º, da CF/88, segundo o qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faça parte.

Conforme já alertado, a noção polissêmica acerca do conceito da dignidade e do seu elevado grau de indeterminação reclama limites ao reconhecimento desses direitos sob pena, inclusive, de todo o texto constitucional se encaixar numa concepção material de direitos fundamentais. Acontece que o fato de não se poder definir previamente e com exatidão esses limites não afasta a atividade cautelosa por parte do intérprete em ampliar o rol de direitos fundamentais, desvalorizando-os, isto é, atribuindo ao que não é essencial um caráter de essencialidade, conforme se verá com mais profundidade no próximo tópico concernente à relação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional. Quando se banaliza o essencial, fragiliza-se as liberdades mais relevantes.

Como alerta Azevedo³⁹³, é necessário que o jurista evite uma compreensão axiológica meramente formal da dignidade, atribuindo-lhe conteúdo material da expressão. Moraes³⁹⁴ ensina que, por alcançar todos os setores da ordem jurídica, é necessário:

delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Uma vez que a noção ampliada pelas infinitas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização absoluta, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, tal postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão completo que torna impossível qualquer aplicação.

A dignidade humana enquanto princípio estruturante serve como um eixo material condutor capaz de identificar e fundamentar direitos implícitos e explícitos, localizados em outras partes do texto constitucional ou em tratados internacionais. Na verdade, a dignidade da

³⁹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, São Paulo, p. 90-101, março/maio, 2002.

³⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 84.

pessoa e suas dimensões essenciais são o termômetro e o identificador para se verificar a existência ou não da violação ao direito fundamental.

O que importa, por ora, é o estabelecimento de uma comprovação umbilical entre a existência humana à dignidade e a tutela jurídica dessa dignidade; e, muito embora não se possa falar sobre a existência de um direito fundamental à dignidade, por outro lado, é possível se extrair do princípio da dignidade humana direitos subjetivos capazes de tutelar a dignidade contra novas ofensas e ameaças possivelmente não alcançadas pela Constituição Federal.

Em virtude de conferir unidade axiológica e lógica sistemática “necessárias à recriação dos institutos jurídicos e da categoria do direito civil”³⁹⁵, a dignidade tem como função tutelar grupos vulneráveis, tais como as crianças, os adolescentes, os fetos, os idosos, portadores de deficiência física e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, aqueles que sofrem atentados a direitos da personalidade, os membros da família e das minorias, etc.

Na qualidade de princípio jurídico, a dignidade da pessoa humana pressupõe também o “imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em sequência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1) respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2) consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3) respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária”³⁹⁶.

Por derradeiro, em relação às múltiplas funções do princípio da dignidade da pessoa humana, convém apontar as três principais, de acordo com Mac Crorie³⁹⁷. A primeira delas seria a função normogenética, na medida em que exerce o duplo papel de fundamentar e, ao mesmo tempo, criar direitos fundamentais. A segunda seria a função interpretativa e integrativa, eis que parte do pressuposto de que o princípio ético-jurídico da dignidade deve orientar a interpretação das normas constitucionais, da legislação ordinária e das cláusulas gerais³⁹⁸ no sentido de conferir unidade de sentido a todo o ordenamento jurídico, ou seja, estabelecer conexões sistemáticas e teleológicas. Por fim, em terceiro lugar, a função da aplicação direta no ordenamento jurídico, haja vista que a norma da dignidade ora é tratada como regra ora

³⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 84.

³⁹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, São Paulo, p. 90-101, março/maio, 2002. p. 100.

³⁹⁷ MAC CRORIE, Benedita. O recurso ao princípio da dignidade humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional. In: OLIVEIRA, Antônio Cândido de (Coord.). **Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade d Minho**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 164.

³⁹⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 479.

como princípio. “O caráter da regra da norma da dignidade da pessoa humana mostra-se nos casos em que, sendo esta norma relevante, não se pergunta se precede outras normas ou não, mas antes se violada ou não”. A discussão acerca da eficácia (in)direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares será criteriosamente estudada no próximo capítulo deste ensaio.

3.1.2.3 Breves Considerações acerca dos Fundamentos Jurídicos da Dignidade da Pessoa Humana

A doutrina entende que o substrato material da dignidade se desdobra em quatro postulados³⁹⁹: (i) o sujeito moral (ético) que reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; (ii) que são merecedores de idêntico respeito à integridade psicofísica; (iii) dotado de vontade livre (autodeterminação); (iv) inserido em uma realidade social que lhe garanta não ser marginalizado.

É preciso, porém, acrescentar um quinto postulado: (v) o indivíduo que é ciente de seus direitos e, acima de tudo, cumpridor de seus deveres constitucionais. Esse quinto postulado encontra amparo nacional na Constituição Federal de 1988 no Capítulo I do Título II (Dos direitos e deveres individuais), bem como no artigo XXIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁴⁰⁰, segundo o qual “todo ser humano tem *deveres* para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”.

Curiosamente, a palavra “deveres” só aparece nove vezes na Constituição Federal, ao passo que a palavra “direitos” ocorre cento e duas vezes. Esse excesso de direitos tem produzido uma doutrina jurídica excessivamente preocupada com um assistencialismo retórico que tende a desequilibrar as relações sociais, formando cidadãos de “direitos” sem qualquer noção de seus deveres e responsabilidades. Dimoulis e Martins⁴⁰¹ enfrentam essa discussão, apresentando a seguinte alegação:

Quem comparar a bibliografia sobre direitos fundamentais com aquela dedicada aos deveres fundamentais percebe o fortíssimo desequilíbrio. Por que a doutrina não se interessa pelos deveres fundamentais? O desinteresse é

³⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

⁴⁰⁰ UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)*. General Assembly Resolution 217 A. International Bill of Human Rights. **United Nations**, United Nations General Assembly, Paris, 10 Dec. 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁴⁰¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 72-73.

devido, por um lado, à hostilidade de muitos autores ao caráter, pelo menos aparentemente, antiliberal dos deveres fundamentais e, por outro lado, à sua limitada relevância nas Constituições de inspiração liberal. [...] A postura da inércia da doutrina em relação aos deveres fundamentais parece se confirmar no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição de 1988 não se refere a “deveres fundamentais”, apesar de usar repetidamente expressão “direitos fundamentais”.

Estes autores⁴⁰² apresentam as seguintes categorias dos deveres constitucionais: (i) deveres estatais implícitos e não autônomos através das quais a efetivação dos direitos fundamentais sociais constitui um dever do Estado; (ii) deveres estatais explícitos e não autônomos, a exemplo de o Estado ter obrigação de indenizar indivíduos por erro judiciário (art. 5º, LXXV, da CF/88); (iii) deveres estatais autônomos (deveres de criminalização - *strafpflichten*) de punir determinadas condutas como o crime de tortura (art. 5º, XLIII, da CF/88); (iv) deveres não autônomos dos particulares segundo os quais existem “tantos deveres implícitos quantos direitos explicitamente proclamados pela Constituição”; (v) deveres autônomos dos particulares sendo eles uma atuação positiva direcionados a determinadas categorias da população, ou seja, a terceiros (educação como dever da família – art. 205 da CF/88); (vi) direitos fundamentais acompanhados de deveres do titular. Neste caso, “alguns direitos fundamentais podem apresentar, segundo a opinião dominante, como contrapartida um dever do titular de exercer seu direito de forma solidária, levando em consideração os interesses da sociedade”⁴⁰³.

⁴⁰² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 73-82.

⁴⁰³ Sobre essa categoria em específico, D. Dimoulis discorda de L. Martins no tocante ao exercício da função social da propriedade (art. 5º, XXII). O primeiro entende que “o exercício do direito conforme as exigências de sua função social constitui um dever fundamental, [...] se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”. Já o segundo autor assevera que “a função social da propriedade não configura um dever do titular, mas um limite constitucional de natureza especial, porque não apenas permite (como faz todo limite constitucional à direita fundamental como, sobretudo, a reserva legal), como também impõe ao legislador o dever de concretizá-la, também tendo em vista o princípio da ordem constitucional econômica prescrito pelo art. 170, III, da CF. [...] Com o instituto jusprivatista que corresponde ao direito abstrato por excelência por não se confundir condomínio, a propriedade não pode ser destinatário de nenhum direito ou dever fundamental. Por ser a garantia institucional privada que é (antes de ser o direito de resistência), podemos teleologicamente depreender do dispositivo em tela que é a configuração da propriedade pelo legislador civil e o predicativo desse dever. Como e quem configura (normativamente) um direito ou dever fundamental é sempre o legislador, nunca o titular do direito, conclui-se que o destinatário desse dever fundamental é o Estado-legislador. [...] Sustentar que a função social se manifesta ‘na própria configuração estrutural do direito de propriedade’ significa ou ignorar os contornos jusprivatistas do instituto garantido ao nível constitucional ou uma omissão da devida fundamentação da mutação estrutural pela qual teria passado o instituto ao ser positivado no art. 5º, caput c.c art. 5º, XXII, CF”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 78-80.

Dos cinco postulados originários da dignidade humana, decorrem necessariamente no âmbito jurídico a elaboração dos princípios (ou subprincípios em relação ao maior deles, a dignidade) da igualdade, integridade física e moral (psicofísica), da liberdade e da fraternidade (ou solidariedade).

Neste norte, o princípio da dignidade da pessoa humana teria profunda vinculação com os direitos fundamentais da personalidade⁴⁰⁴.

Maria Celina Bodin de Moraes⁴⁰⁵ ensina que o eventual conflito entre os princípios supramencionados deve ter por objetivo o respeito irrestrito à dignidade, ou seja, a relativização ou ponderação deve sempre ocorrer em relação aos referidos princípios, e nunca sobre a dignidade humana. A justiça, portanto, sempre virá à tona quando uma ponderação adequada se realizar no caso concreto. Esse posicionamento, contudo, não encontra amparo na doutrina de Alexy conforme se verá no próximo capítulo.

3.1.2.3.1 O princípio da igualdade

Larenz conceitua o princípio da igualdade “segundo o qual os membros da comunidade jurídica têm os mesmos direitos e as mesmas obrigações em suas relações entre si e suas relações com a comunidade”⁴⁰⁶. A revelação jurídica da dignidade manifesta-se em primeiro lugar no princípio da igualdade que pode ser compreendida através da igualdade formal e substancial.

A igualdade formal, expressada através da tradicional fórmula “perante a lei”, possui na sua origem ocidental um caráter revolucionário, eis que se expressa juridicamente através da Declaração de independência dos Estados Unidos que em 04.07.1776 fez constar expressamente no seu texto a existência de verdades auto evidentes cujo resultado é o de que “todos os homens nascem iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis”. A ideia de igualdade e liberdade contra governos tirânicos dominou o mundo ocidental e deu início a

⁴⁰⁴ O princípio da dignidade engendraria, portanto, os direitos conectos aquilo quem constitui a qualidade do humano no homem. Ele seria assim o direito ao respeito do ser humano desde o começo da vida e o direito ao respeito de sua vida e de seu corpo, do qual deduzimos a inviolabilidade, a integridade e a ausência de caráter patrimonial do corpo, de seus elementos e de seus produtos. Cf. GONDINHO, André Osório. **Direito constitucional dos contratos**: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana. Editora Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 138.

⁴⁰⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

⁴⁰⁶ Cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 239.

uma nova era (democrática⁴⁰⁷), em substituição aos regimes monárquicos e aristocráticos, influenciando inclusive a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, em seu artigo 1º, dizia que “os homens nascem e permanecem em livres e iguais em direitos”.

O cerne da igualdade formal está no fato de a execução das leis não levar em conta considerações pessoais. Em resumo, a igualdade formal pressupõe que a lei seja aplicada a mais de uma pessoa, e não de maneira individual. A estrutura da aplicação legal do dever de igualdade possui uma estrutura difícil, “por exemplo quando exige a elaboração de regras vinculadas ao caso concreto, seja para a precisa determinação de conceitos vagos, ambíguos e valorativamente abertos, seja para o exercício de discricionariedade”⁴⁰⁸. Em suma, toda norma jurídica deve ser aplicada a todos os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático.

No Brasil, o princípio da igualdade formal, também denominado de igualdade jurídica, próprio do Estado de direito, garantidor dos direitos individuais (propriedade privada, liberdade de contrato e liberdade religiosa), está consagrado no art. 5º, *caput*, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, e significa o “direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais a todos os demais”⁴⁰⁹.

Acontece que a igualdade no seu aspecto formal por si só não foi capaz (nem poderia ser) de conferir igualdade entre os desiguais, daí o natural desenvolvimento do conceito platônico (*As Leis*, VI 757) e aristotélico (*Política*, III 5, *Ética de Nicômaco*, V6) de igualdade substancial no sentido de tratar desigualmente os desiguais e evitar tratamentos discriminatórios⁴¹⁰. Daí surge a ideia de igualdade ontológica na diferença expressa em variadas

⁴⁰⁷ Perlingieri define democracia como “procedimento de decisão que requer um livre confronto de opiniões e deliberações, mediante voto não coagido, com prevalência da maioria sobre a minoria, em um quadro de direitos insuprimíveis da minoria”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 468.

⁴⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. Malheiros, 2017. p. 397.

⁴⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 86.

⁴¹⁰ “[...] a fórmula ‘tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais’, contudo, não é auto-explicativa e apresenta elevado grau de indeterminação. Afinal, que ela ordena, precisamente? Quando uma ação (ou uma omissão) está em (des)conformidade com o princípio da igualdade? Quando está ordenado (positivamente) o tratamento desigual ou a diferenciação? São perguntas relevantes, sobretudo quando se toma em consideração que, a rigor, não há nem igualdade fática absoluta nem desigualdade fática absoluta. Sempre há entre classes de pessoas, coisas ou situações de igualdade e desigualdades parciais. Igualdade e desigualdades fáticas são sempre relativas ao *tertium comparationis* e à finalidade considerados. [...] Para Larenz, uma diferenciação (tratamento desigual) está autorizada se for uma ‘diferenciação objetivamente justificada’, se para ela houver uma ‘causa objetiva’; para Canotilho, se houver um motivo racional evidente, uma razão material suficiente, uma razão objetiva; para Mota Pinto, se houver uma justificação racional e objetiva, não arbitrária; para Bandeira de Mello, se houver uma razão valiosa reconduzível à ou deduzível da Constituição”. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 236-238.

formas, quais sejam, religiosa, cultural, física, intelectual, étnica etc. Uma sociedade marcada pela diversidade cultural reclama o reconhecimento do outro como um ser igual a nós.

No final das contas, a igualdade formal e substancial complementa-se, pois a primeira exerceu e ainda exerce uma importância fundamental nos sistemas jurídicos na medida em que reconhece expressamente a necessidade de um tratamento igualitário a todos os seres humanos, abrindo espaço para a construção da igualdade substancial com foco nos aspectos singulares e específicos relativos aos destinatários das normas.

Ainda no plano constitucional brasileiro, a igualdade estaria dispersa no texto maior através de referências diretas e indiretas através de cláusulas gerais de igualdade e cláusulas específicas de igualdade. Steinmetz⁴¹¹ explica que a “forma linguística simples e concisa da igualdade nos textos constitucionais, desde o constitucionalismo liberal até o constitucionalismo democrático da contemporaneidade, transportam um princípio (constitucional) complexo”, que se manifesta na identificação dos destinatários, do conteúdo (significado e estrutura), das funções (finalidades), do alcance, assim como na “interpretação e na aplicação dos diferentes e específicos setores infraconstitucionais do ordenamento jurídico”.

O princípio da igualdade talvez seja a maior fomentadora de *hard cases*⁴¹² fazendo com que exista uma árdua tarefa para o jurista em definir quem é igual e quem é diferente, em virtude dos múltiplos critérios de base fundamentados no tempo, no lugar, nas ideologias, nas concepções éticas, religiosas e filosóficas. Outro importante aspecto, refere-se ao fato de que o princípio da igualdade não pode atuar isoladamente, tampouco hierarquicamente superior aos demais, em respeito às regras hermenêuticas, pois sempre existirá um concurso de princípios aplicáveis à *fattispecie* (hipótese) concreta.

Esclarece Perlingieri⁴¹³:

Cada problema da vida invoca uma pluralidade de exigências, uma pluralidade de critérios de valoração à qual corresponde uma pluralidade de valores. [...]. Porque os princípios admitem uma pluralidade de níveis de satisfação e não uma única modalidade de concretização, os princípios concorrentes na valoração da *fattispecie* concreta são todos aplicados e recebem uma diferente satisfação.

⁴¹¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 231.

⁴¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

⁴¹³ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 493.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o fio condutor da igualdade é violado “se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para tratamento igual feito pela lei”⁴¹⁴. Em suma, a violação da igualdade ocorrerá se a disposição do objeto de análise for arbitrária, ou seja, se o tratamento igual ou desigual for arbitrário⁴¹⁵. Já na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, “um tratamento desigual ou diferenciado está autorizado ou ordenado se presente(s) ‘critérios impessoais, racionais e objetivos’, ‘correlação lógica e racional’, ‘pressupostos lógicos e objetivos’ ou ‘necessário coeficiente de razoabilidade’”⁴¹⁶.

É preciso deixar muito claro que o princípio da igualdade não significa igualitarismo, ou seja, não se pretende a igualdade de todos em tudo, independentemente dos méritos e das competências. Como adverte Perlingieri⁴¹⁷, ao abordar a interpretação unitária e sistemática do preceito da igualdade na órbita do Direito Civil constitucional italiano, a igualdade precisa conjugar os valores constitucionais de solidariedade política, econômica e social de acordo com outros valores de igual importância constitucional como o trabalho, a soberania popular, o respeito à propriedade privada e à iniciativa econômica⁴¹⁸.

Em resumo, Perlingieri entende que “as técnicas interpretativas de cada norma, principalmente se constitucionais, devem inspirar-se na ideologia presente no desenho global do ordenamento sem dissociar as proposições, de acordo com o critério do conhecimento global e sistemático”⁴¹⁹.

⁴¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. Malheiros, 2017.

⁴¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. Malheiros, 2017. p. 403.

⁴¹⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 237.

⁴¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴¹⁸ Estas interpretações opostas devem ser redimensionadas. Isso acaba por incidir profundamente sobre o direito civil e sobre o seu destino: ou um direito civil exasperadamente garantidor das situações adquiridas e de toda sorte de posições de força, insensível aos aspectos da socialidade como instrumento de realização da dignidade do homem; ou um direito civil praticamente não escrito, fundado sobre a formação jurisprudencial caracterizadora do princípio da igualdade dita substancial, remetido aos impulsos e aos contra-impulsos dos movimentos reivindicatórios, isto é, a uma justiça não segundo a norma, mas segundo aquilo que a norma deveria ter dito exclusivamente como concretização da igualdade substancial. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 479.

⁴¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 478.

3.1.2.3.2 O princípio da integridade psicofísica

Tradicionalmente, o princípio de proteção à integridade psicofísica abrange tão somente na seara penal o direito de não ser torturado (tratamento digno nas detenções, nos interrogatórios, proibição de penas cruéis etc.). No âmbito cível, o princípio tem resguardado diversos direitos da personalidade, a exemplo da vida, do nome, da imagem, da honra, da privacidade, do corpo e da identidade pessoal. Outrossim, ele engloba o direito à existência digna garantida pelo salário mínimo capaz de, em tese, assistir às necessidades vitais básicas.

Moraes⁴²⁰ aponta para o fato de que, na atualidade, os temas mais complexos envolvem a biotecnologia amparada pelo novo ramo denominado biodireito cuja função seria de estabelecer limites de licitude do progresso científico no sentido de garantir um mínimo parâmetro ético capaz de estipular normas para convívio social. O aprofundamento deste assunto não é objeto do presente estudo, entretanto, convém lembrar certos desdobramentos dessa temática: (i) reprodução assistida (inseminação artificial e a fertilização *in vitro*); (ii) procriação *post-mortem*; (iii) congelamento de embriões. A respeito deste último, merece destaque o caso Davis v. Davis 848 S.W2d 588, 597 na Suprema Corte do Estado do Tennessee em que, após o divórcio, a mulher queria engravidar, e o homem desejava que os embriões permanecessem congelados. A Corte entendeu que deveria prevalecer o desejo do homem, eis que o desejo da mulher poderia ser alcançado através de outros meios que não a utilização dos embriões congelados

Outros assuntos não menos interessantes seriam a (iv) apotemnofilia considerada uma parafilia em que o sujeito deseja amputar uma ou mais partes do corpo, também chamados de “amputados por escolha” (*amputees by choice* ou *wannabes*); (v) proibição de clonagem de seres humanos de acordo com a Lei de Biossegurança (Lei n. 8.974/95); (vi) direito à privacidade em casos de testes genéticos. Sobre esse tema, Rodotà⁴²¹ assim conceitua a privacidade: como “direito de manter um controle sobre as próprias informações e de determinar o modo de construção da própria esfera privada”; (vii) as inseminações heterólogas no caso de um possível anonimato do doador do sêmen; (viii) realização de experiências científicas em seres humanos de acordo com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina; (ix) castração e esterilização; (x) gestação de substituição (barriga de aluguel);

⁴²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

⁴²¹ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 100.

(xi) comercialização de partes separadas do corpo humano; (xii) eutanásia, ortotanásia e diretivas antecipadas.

Os temas em discussão envolvem questões complexas, de modo que se deve ponderar com razoabilidade e amplo debate público a dignidade da pessoa humana com as escolhas do próprio indivíduo, o seus interesses e bem-estar psicofísico, critérios objetivos que expressem argumentos morais, segurança e saúde pública, proteção e direito das liberdade individuais e coletivas, interesse da sociedade ou da ciência e direitos da coletividade. A ponderação, portanto, deve levar em conta um aprofundamento acerca da discussão a respeito da autonomia privada, do consentimento e do exercício dos direitos da personalidade.

Adriano Marteleto Godinho⁴²² não deixa dúvidas para o fato de que “todos os seres humanos gozam de personalidade jurídica, desde a concepção até a morte”. Para ele, “as pessoas naturais não são meros sujeitos de direitos, aos quais o legislador simplesmente atribui as prerrogativas de figurar em relações jurídicas e de adquirir direitos e contrair obrigações”. A razão de ser desse pensamento estaria no fato de que “o homem é o início e o fim do direito, a razão de ser e o suporte de toda construção jurídica. A personalidade humana sustenta a concepção da pessoa enquanto sujeito de direitos, e não o oposto”.

Em qualquer hipótese, deduz Laterza⁴²³, a referência obrigatória a respeito dos limites à ação humana nesta temática repousa em Kant, pois o homem jamais pode dispor de outro ou de si mesmo, porque ele não é uma coisa, muito menos propriedade de si mesmo, caso contrário seria coisa cuja posse poderia reivindicar. Portanto, se é impossível o homem ser coisa (propriedade) e pessoa (proprietário), o homem não pode dispor de outrem ou de si mesmo.

3.1.2.3.3 O princípio da liberdade

A liberdade desde o período clássico é compreendida como uma proteção contra a tirania dos governantes políticos⁴²⁴. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 disciplinava expressamente em seu art. 4º que a liberdade consistia em se poder fazer tudo aquilo que não prejudicasse o próximo. Deste modo, continua o referido artigo, “o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram

⁴²² GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo**: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014. p. 405.

⁴²³ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

⁴²⁴ MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a Liberdade**. Tradução de Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, 2006.

aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”⁴²⁵.

O cerne do conceito de liberdade encontra-se na clássica definição de Hobbes⁴²⁶ na obra *Leviathan* em que a *liberty or freedom* designaria a ausência de oposição. O problema apresentado por Alexy, contudo, seria a compreensão exata acerca de o “que deve ser identificado como obstáculo e a quê ele se refere”. Sem embargo do profundo estudo elaborado pelo doutrinador alemão no que se refere à análise analítica da liberdade em sua concepção jurídica (liberdades não-protegidas absolutas e relativas relacionadas a pessoas e objetos, liberdade não-protegida como mera negação do dever-ser, normas constitucionais permissivas e liberdades protegidas), importa mencionar que o Tribunal Constitucional Federal alemão na decisão do caso *Elfes* “interpretou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade [...] como um direito à liberdade geral de ação”⁴²⁷.

O Tribunal Constitucional Federal alemão tem rejeitado todas as tentativas de controle da extensão do direito à liberdade geral de ação, a exemplo da teoria do núcleo da personalidade de Peres que protege apenas “expressões da verdadeira natureza humana no sentido de uma concepção cultural ocidental”⁴²⁸. A liberdade de ação humana é compreendida pelo referido tribunal no sentido mais amplo possível. O doutrinador alemão chama a atenção para as enormes consequências deste entendimento, eis que a liberdade geral se tornaria uma liberdade de fazer ou deixar de fazer o que se quer. Através de um ampliado e irrestrito suporte fático, estariam, em tese, incluídas todas as “ações dos titulares de direitos fundamentais (norma permissiva) e todas as intervenções do Estado nas ações desses titulares (norma de direitos)”⁴²⁹. De acordo com a suprema corte alemã, “o direito geral de liberdade pode, para além da proteção de ações, ser estendido à proteção de situações e posições jurídicas do titular de direitos

⁴²⁵ Do original: “Article 4 : La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.”. FRANCE. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Conseil Constitutionnel. Paris. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁴²⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*, Col. **Os Pensadores**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria BN da Silva. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1997.

⁴²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. Malheiros, 2017. p. 341.

⁴²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. Malheiros, 2017. p. 342.

⁴²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. Malheiros, 2017. p. 343.

fundamentais. Portanto, esse direito não protege apenas o seu ‘fazer’, mas também o seu ‘ser’ fático e jurídico”⁴³⁰.

Disciplina o art. 2º da Constituição Federal alemã, *in verbis*:

Artigo 2 [Direitos de liberdade]

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.

Para se ter ideia como o tribunal constitucional alemão aborda o princípio da liberdade, Alexy⁴³¹ cita julgado da referida corte (BVerfGE 6, 32 - 41), segundo o qual:

Qualquer um pode arguir, por meio de uma reclamação constitucional, que uma lei que restringe sua liberdade de ação não pertence ao ordenamento constitucional, porque ela (formal ou materialmente) contraria determinados dispositivos constitucionais ou princípios constitucionais gerais; nesse sentido, seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 1º, teria sido violado.

Ao contrário do que se pensa ao se fazer uma leitura apressada desse julgado, a associação entre a liberdade e a dignidade da pessoa humana não possui um caráter ilimitado, eis que a liberdade seria aquela compreendida de um “indivíduo referido e vinculado a uma comunidade”, e não daquele isolado e autocrático. Essa fórmula da dignidade estaria baseada na “compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade”. Em resumo, eis a posição da suprema corte alemã:

[...] o indivíduo tem que se conformar com as restrições à sua liberdade de ação, impostas pelo legislador com o objetivo de manter e fomentar a convivência social dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que a independência da pessoa seja preservada⁴³².

Na realidade brasileira, tradicionalmente, o Direito Civil considerava como sinônimos a ideia de liberdade e de autonomia privada, tendo como base a igualdade formal que sustentava

⁴³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. Malheiros, 2017. p. 344.

⁴³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. Malheiros, 2017. p. 345.

⁴³² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. Malheiros, 2017. p. 356-357.

as situações patrimoniais em que o sujeito teria bens para contratar, para testar, para adquirir e para dividir. O protagonismo do Código Civil de 1916⁴³³ residia no sujeito de direitos e proprietário que deveria cuidar exclusivamente dos seus familiares e dos seus bens, apresentando-se certa desvinculação da realidade social diante dos fundamentos filosóficos já apresentados.

O conceito de patrimônio desde a era das codificações tinha como principal característica a ausência absoluta de limitações. Giorgianni⁴³⁴, ao comentar sobre o sistema de direito privado consolidado na Revolução Francesa, diz que “os dois pilares desta concepção eram constituídos pela propriedade e pelo contrato, ambos entendidos como esferas sobre as quais se exerce a plena autonomia do indivíduo”. O símbolo da liberdade econômica residia, na verdade, na rígida defesa da propriedade.

Essa rígida defesa decorria da total instabilidade proveniente do arcaico sistema feudal. Sobre esta temática, vale a pena o ensino de Huberman⁴³⁵:

Eram essas, portanto, as duas características importantes do sistema feudal. Primeiro, a terra arável era dividida em duas partes, uma pertencente ao senhor e cultivada apenas para ele, enquanto a outra era dividida entre muitos arrendatários; segundo, a terra era cultivada não em campos contínuos, tal como hoje, mas pelo sistema de faixas espalhadas. Havia uma terceira característica marcante, o fato de que os arrendatários trabalhavam não só as terras que arrendavam, mas também a propriedade do senhor.

Havia uma precária relação da classe trabalhadora burguesa com a propriedade privada, o que colocava em risco também a própria ideia de liberdade, eis que as terras pertenciam exclusivamente aos senhores feudais ou à Igreja Católica e, posteriormente, ao Estado Absolutista. Ora, a sagrada liberdade encontrava-se gravemente ameaçada por um poder superior, na medida em que a propriedade, enquanto necessidades fundamentais, não lhes era garantida. Daí é possível inferir um dos motivos pelos quais a classe trabalhadora burguesa, através da autonomia privada e do contrato, buscou criar mecanismos em defesa da propriedade e da liberdade, conjuntamente, pois os frutos decorrentes do árduo trabalho da classe burguesa não poderiam estar ameaçados por caprichos oriundos da insegurança jurídica.

⁴³³ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916. Seção 1, p. 133.

⁴³⁴ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 107.

⁴³⁵ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986. p. 5.

Nesse contexto, o direito privado apresentou-se como o coração de toda a vida jurídica capaz de proteger as liberdades e os interesses da coletividade⁴³⁶. A evolução dos ordenamentos jurídicos, em especial através da escola da exegese, da escola histórica, da jurisprudência dos conceitos e da pandectista, passou a ter como fundamento princípios elementares, tais como a ordem pública, a moral e os bons costumes. Maria Celina Bodin continua ensinando que na atualidade, o referido princípio consubstancia-se na privacidade, na intimidade e no livre exercício da vida privada. Liberdade, portanto, significa a realização sem qualquer interferência das escolhas individuais que envolvem o próprio projeto de vida. Concretamente, as questões jurídicas em relação ao tema giram em torno da revista íntima, exame toxicológico, bafômetro, recusa de tratamento médico por motivos religiosos e controle dos dados pessoais.

Em suma, o direito de liberdade deve sempre se relacionar com o dever de fraternidade, haja vista a superação do *homo clausus*⁴³⁷, figura humana fictícia, abstrata, mítica e ilusória elaborada por Rousseau.

Na Constituição federal, o princípio da liberdade pode ser encontrado em diversos dispositivos do texto legal. Pode-se citar certos exemplos no art. 5º, incisos II, IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII. No Supremo Tribunal Federal, a liberdade é abordada sob diversos aspectos, tais como liberdade de imprensa⁴³⁸, de pensamento⁴³⁹, de expressão⁴⁴⁰, de crença⁴⁴¹, de informação⁴⁴², de proselitismo religioso⁴⁴³, de locomoção⁴⁴⁴, de associação⁴⁴⁵, de liberdades de culto e de liturgia⁴⁴⁶, de liberdade de escolha e de identidade, orientação e vida sexual⁴⁴⁷, de

⁴³⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

⁴³⁷ “A solidariedade, assim, deriva de um critério fático: da necessidade indispensável de coexistência entre os indivíduos já que não há como conceber, inclusive historicamente, o *homo clausus*, ou seja, o ser humano isolado, solitário, como se uma ilha fosse. Por sua vez, também pode refletir-se como um valor derivado da consciência racional de interesses em comum entre os membros do grupo social”. REIS, Fellipe Guerra David. O canibal de Rothenburg: um ensaio sobre a liberdade. **Revista Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, v. 1, n. 13, p. 139-162, 2011. p. 150. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/edicoes/anteriores/3a-edicao-juridica/>. Acesso em: 9 dez. 2019.

⁴³⁸ Vide Rcl 22.238, rel. min. Roberto Barroso, j. 6-3-2018, 1ª T, DJE de 10-5-2018.

⁴³⁹ ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, DJE de 6-11-2009.

Vide ADI 4.451, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 21-6-2018, P, DJE de 6-3-2019.

⁴⁴⁰ ADI 4.451, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 21-6-2018, P, DJE de 6-3-2019.

⁴⁴¹ RHC 146.303, rel. p/ o ac. min. Dias Toffoli, j. 6-3-2018, 2ª T, DJE de 7-8-2018.

⁴⁴² ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, DJE de 6-11-2009. Vide ADI 4.451, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 21-6-2018, P, DJE de 6-3-2019. Vide Rcl 22.238, rel. min. Roberto Barroso, j. 6-3-2018, 1ª T, DJE de 10-5-2018.

⁴⁴³ RHC 134.682, rel. min. Edson Fachin, j. 29-11-2016, 1ª T, DJE de 29-8-2017. Vide ADI 2.566, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, j. 16-5-2018, P, DJE de 23-10-2018.

⁴⁴⁴ ADPF 395 e ADPF 444, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2018, P, DJE de 22-5-2019.

⁴⁴⁵ ADI 3.464, rel. min. Menezes Direito, j. 29-10-2008, P, DJE de 6-3-2009.

⁴⁴⁶ RE 494.601, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, j. 28-3-2019, P, Informativo 935.

⁴⁴⁷ RE 670.422, rel. min. Dias Toffoli, j. 15-8-2018, P, Informativo 911, RG, tema 761.

liberdade de iniciativa⁴⁴⁸, econômicas básicas, profissional, de aprender e ensinar (caso do ensino domiciliar)⁴⁴⁹, de pesquisar e divulgar o pensamento.

Vale, por fim, destaque à abordagem que o Supremo Tribunal conferiu ao princípio da liberdade, no que se refere à “marcha da maconha”⁴⁵⁰, ao tratar a questão da liberdade-meio (direito de reunião) e liberdade fim (liberdade de expressão do pensamento).

3.1.2.3.4 O princípio constitucional da fraternidade ou da solidariedade

Até o término da segunda Guerra Mundial, o triunfo do individualismo norteava o ordenamento jurídico, baseado na confiança e no orgulho depositados na capacidade individual. A igualdade formal ocupava papel central de todo ordenamento jurídico, manifestando-se com ênfase após a Revolução Francesa, cujos fundamentos ideológicos indicavam-se na tríade igualdade, fraternidade e liberdade.

Após os governos nazifascistas e a ameaça concreta da perpetuação de cometimento de crime contra humanidade, houve uma mudança de paradigma em que a potência do indivíduo foi substituída pela preocupação jurídica com a humanidade no seu aspecto coletivo e sua importância no Estado Constitucional. O direito de fraternidade, enquanto terceira dimensão/geração dos direitos fundamentais, significa o “direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade”⁴⁵¹.

Reynaldo Soares da Fonseca⁴⁵² invoca Peter Häbele para enunciar que a humanidade do pós-guerra se converte em tema constitucional para a da própria humanidade consoante preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos que se refere à consciência da humanidade “e a ocorrência de seu ultraje a partir das experiências de violação massiva dos direitos humanos”. No art. 1º da referida Declaração, consta expressamente que “todos os seres

⁴⁴⁸ ADPF 449, rel. min. Luiz Fux, j. 8-5-2019, P, DJE de 2-9-2019.

⁴⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Recurso Extraordinário 888815/RS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ementa: Apelação cível. Eca. Direito à educação. Direito líquido e certo ao sistema educacional domiciliar. Inexistência. Recte.(s): V D. Representada por: M P D Adv.(a/s): Júlio César Tricot Santos (32882/RS) e outro(a/s). Recdo.(a/s): Município de Canela. Adv.(a/s): Manoela Negrelli de Athayde Heidrich (78845/RS) e outro(a/s). Relator: Min. Luís Roberto Barroso. **DJE**, Canela, RS, 18 maio 2015.

⁴⁵⁰ ADPF 187, rel. min. Celso de Mello, j. 15-6-2011, P, DJE de 29-5-2014.] Vide ADI 4.274, rel. min. Ayres Britto, j. 23-11-2011, P, DJE de 2-5-2012.

⁴⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007a. p. 53.

⁴⁵² FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 80.

humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”⁴⁵³.

Entende Wieacker⁴⁵⁴ que o *pathos* da atual sociedade é a solidariedade, ou seja, “da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um de seus membros individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais pelo bem-estar) de cada um dos outros membros da sociedade”.

É neste contexto de primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho individual e patrimonial que ganha relevo jurídico como corolário da dignidade humana o princípio da fraternidade ou da solidariedade que, na Constituição Federal de 1988, encontra destaque no art. 3º (incisos I e II), segundo o qual, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, está o de construir uma “sociedade livre, justa e solidária” através da “erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais”⁴⁵⁵. Estes dispositivos apontam para uma concepção de justiça distributiva, focada para a igualdade substancial.

Sob o ponto de vista constitucional, o princípio da solidariedade dialoga necessariamente com a questão do Estado Social de Direito que busca conjugar legalidade e justiça social. Neste norte, é imprescindível a análise da crise do referido Estado Social realizada por Perlingieri⁴⁵⁶. Para ele, liberdade individual, liberdade das necessidades, solidariedade social, igualdade formal e substancial são inseparáveis. O princípio da fraternidade ou solidariedade significa também redistribuição, conforme estipula o art. 53 da Constituição italiana⁴⁵⁷.

Entretanto, pontifica o catedrático italiano⁴⁵⁸, que o modelo de bem-estar e da Justiça coletiva teve atuação distorcida e parcial, “caracterizada pela proliferação caótica de leis especiais, às vezes de limitadíssimo relevo coletivo (chamadas *leggine*), e pela dilatação do poder administrativo (burocracia)”, o que facilitou a invasão do poder burocrático na sociedade

⁴⁵³ Do original: “**Article 1.** All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.”. UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)*. General Assembly Resolution 217 A. International Bill of Human Rights. **United Nations**, United Nations General Assembly, Paris, 10 Dec. 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁴⁵⁴ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 718.

⁴⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

⁴⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴⁵⁷ “Todos têm a obrigação de contribuir para as despesas públicas na medida de sua capacidade contributiva. O sistema tributário é inspirado nos critérios de progressividade”.

⁴⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 16

civil, multiplicando as oportunidades de corrupção e abuso do poder político-administrativo. A elevação constante dos custos sociais associados à dificuldade de controlar a qualidade e a equidade no fornecimento dos serviços, “proliferação de conflitos, confusão de poder político e econômico, difusão de egoísmos e particularismos velhos e novos completam o quadro de crise do Estado Social”.

Perlingieri⁴⁵⁹ arremata seu raciocínio ao fazer a seguinte alegação:

Em “crise”, na realidade, está a cultura sobre a qual se funda o Estado de Direito. A crise é confusão cultural, perda do senso civil da legalidade e da justiça. O Estado Social deve se fundar sobre direitos e, ao mesmo tempo, sobre deveres sociais. A cultura dos deveres ainda não é difusa, e isto tem causado a crise do Estado social: a democracia é também a assunção de responsabilidades.

Superado o aspecto da fraternidade/solidariedade sob à ótica social, são imprescindíveis as lições de Fonseca⁴⁶⁰ em sua recente obra intitulada *O princípio constitucional da fraternidade e seu resgate no sistema de Justiça*. Nessa obra, o professor maranhense, mediante doutrina abalizada e experiência empírica extraída na magistratura federal, procurou responder ao seguinte questionamento: seria o princípio da fraternidade uma categoria jurídica? E, em caso afirmativo, como viabilizá-lo no Sistema de Justiça e quais seriam suas implicações com os demais princípios constitucionais envolvidos? Como observou Fachin⁴⁶¹, ao prefaciá-la, a referida obra, “a humanidade está desafiada por um tempo de pequenas manhãs e noites longas. Em boa hora uma tese de doutorado em Direito rasga o véu desse encobrimento para expor como fio condutor da esperança a fraternidade”.

Em suma, apresentando o princípio constitucional da fraternidade como categoria jurídica e vetor hermenêutico no Sistema de Justiça, Reynaldo Soares da Fonseca⁴⁶² defende a tese de que “o princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral”. A fraternidade não pode excluir o direito e vice-versa.

⁴⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 16.

⁴⁶⁰ FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 169.

⁴⁶¹ Cf. FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 13.

⁴⁶² FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 169.

3.1.2.3.5 A dignidade humana e o Supremo Tribunal Federal

De acordo com Sarlet⁴⁶³, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal podem ser divididas em dois grupos. No primeiro, estariam aquelas decisões que aplicam a dignidade da pessoa humana como a regra impeditiva de determinadas condutas, a exemplo da proibição da tortura, tratamento desumano ou degradante. Nesse caso, a dignidade da pessoa humana opera como limite jurídico intransponível contra práticas inaceitáveis, ilegítimas, imorais e abusivas que de alguma forma visam suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade. Desse grupo de decisões, pode-se deduzir que a dignidade da pessoa humana não está sujeita à renúncia nem a restrições de qualquer natureza. Existe uma importante discussão acerca do caráter absoluto ou relativo da dignidade humana na perspectiva da proteção jurídica e na condição de princípio e norma que assegura direitos fundamentais.

Em relação aos direitos sociais amplamente considerados, o objetivo da Suprema Corte tem sido a garantia do mínimo existencial⁴⁶⁴, visando conferir aos jurisdicionados uma vida com dignidade, o que significa dizer com um mínimo de qualidade, isto é, uma vida saudável.

No tocante ao direito privado, vale mencionar o recurso extraordinário 407.688⁴⁶⁵ do Estado de São Paulo, julgado no ano de 2006, que tratou sobre a constitucionalidade da lei que permite a penhora da única moradia do fiador nos contratos de locação. O ministro Carlos Ayres Britto, mesmo sendo um voto vencido, sustentou a tese de que a moradia seria uma necessidade vital do trabalhador e da sua família.

⁴⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Palhoça, Ano VIII, n. 14., p.19-51, jan./jul. 2017.

⁴⁶⁴ A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo poder público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. [...] A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (art. XXV). ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, *DJE* de 15-9-2011.

⁴⁶⁵ [...] a matéria já se encontra pacificada no âmbito da Corte Suprema, no sentido da constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador, mesmo após a EC 26/2000. O Plenário do STF, no julgamento do RE 407.688, rel. min. Cezar Peluso, *DJ* de 6-10-2006, afirmou ser legítima a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da CF, com a redação da EC 26/2000. RE 612.360 RG, voto da rel. min. Ellen Gracie, j. 13-8-2010, P, *DJE* de 3-9-2010, Tema 295. Vide RE 605.709, rel. p/ ac. min. Rosa Weber, j. 12-6-2018, 1ª T, *DJE* de 18-2-2019.

No segundo grupo de decisões, em especial nas matérias que tratem acerca da saúde e da educação, o Supremo, aplicando a dimensão positiva, tem precedentes sedimentados no sentido de garantir as prestações que sejam indispensáveis ao mínimo existencial. Existe um reconhecimento de direito subjetivo que impõe ao estado um dever de prestação de caráter originário, ou seja, que não decorre de prévia política pública ou previsão legal. O Supremo também tem relativizado nessa matéria limitações de ordem organizacional e orçamentária. Entretanto, aduz Sarlet⁴⁶⁶, a Suprema Corte ainda não conseguiu estabelecer limites conceituais e semânticos no que se refere à noção do mínimo existencial, aplicando assim uma exegese extensiva que não identifica quais seriam as prestações que integrariam o mínimo existencial.

A dignidade da pessoa humana é invocada em combinação com determinados direitos fundamentais. Das decisões do Supremo, infere-se que a dignidade tem atuado através de duas funções: (i) enquanto conteúdo dos direitos fundamentais, agindo como limite dos próprios direitos fundamentais; e (ii) na aplicação do princípio da proporcionalidade quando existe um conflito ou colisão entre direitos fundamentais;

Exemplo emblemático foi o *habeas corpus* 71.374-4⁴⁶⁷, em que o relator, o Ministro Francisco Rezek, entendeu que o suposto pai investigado em ação de paternidade não poderia ser coagido coercitivamente para realização laboratorial do exame de sangue. De um lado, havia um entendimento de que o direito ao corpo e à integridade física e corporal não eram absolutos, e, do outro lado, a tese vencedora entendeu que um caso concreto não se tratava de preservar vida humana, motivo pelo qual não se poderia falar na relativização do direito ao corpo e à integridade.

3.1.3 Conclusões Parciais

A dignidade humana enquanto valor ingressa no ordenamento jurídico brasileiro e recebe a alcunha de princípio, “fonte e sentido de toda experiência jurídica”⁴⁶⁸, com todas as delimitações e características elaboradas pela doutrina constitucional e pelos julgados da Corte de Justiça.

Uma vez efetuada a análise filosófica e jurídico-constitucional acerca da dignidade

⁴⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Palhoça, Ano VIII, n. 14., p.19-51, jan./jul. 2017.

⁴⁶⁷ Habeas Corpus 71.374-4. Min. Francisco Rezek.

⁴⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org.) **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas e princípios lógicos da Constituição**. São Paulo: Malleiros, 2003. p. 197.

humana nos seus aspectos conceituais, principiológico, estruturante, funcional, bem como realizado o estudo dos seus desdobramentos nos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, da integridade psicofísica e da fraternidade, tanto na doutrina nacional e estrangeira, quanto na suprema corte alemã e brasileira, passa-se à compreensão do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil.

3.2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO CIVIL E DIREITO CONSTITUCIONAL

3.2.1 Delimitando o Problema

Após a tentativa de construção de uma teoria neoconstitucional enquanto âmbito de realização (atuação, interpretação e aplicação) da dignidade humana no Direito Civil, foi apresentada uma breve compreensão acerca do conteúdo e significado da dignidade humana sob as perspectivas filosófica e jurídico-normativa. Como consequência lógica desta linha de pensamento, segue um estudo envolvendo a relação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional.

É preciso ressaltar o impacto desse tema na literatura jurídica brasileira. Rodrigues Junior⁴⁶⁹ identificou em pesquisa na Rede Virtual de Bibliotecas - RVBI que, entre 1º de março de 1950 e 1º de março de 2017, foram publicados 83 livros e capítulos de livros que tratavam da constitucionalização, sendo que 59 se referiam ao Direito Civil. Entre revistas, foram encontrados aproximadamente 212, dentre os quais 80 eram especificamente sobre o Direito Civil.

Como ensina Paulo Lôbo, muitos são os caminhos para o desenvolvimento do Direito Civil Constitucional⁴⁷⁰, entretanto, com o intento de traçar uma linha metodológica objetiva no presente trabalho, far-se-á o estudo do presente tema através de duas escolas brasileiras de Direito Civil, que aqui serão denominadas, respectivamente, primeira e segunda escolas.

A primeira escola é representada pela “perspectiva civil-constitucional” também denominada de “metodologia civil-constitucional”, “direito civil-constitucional” ou “movimento do direito civil constitucional”. Trata-se de uma tendência de estudo cujo

⁴⁶⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 151.

⁴⁷⁰ LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional**: A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

protagonismo – isso não significa exclusividade – deu-se no início da década de 80 do século XX pelos programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), com os professores Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin, e da Universidade Estadual do Paraná (UFPR), com o professor Luiz Edson Fachin, sob a influência principal de autores europeus, em especial do professor italiano Pietro Perlingieri⁴⁷¹. Outra escola de destaque que poderia ser incluída neste primeiro grupo seria a Escola do Recife (UFPE) através dos trabalhos do Professor Paulo Lôbo.

De acordo com Wilson Steinmetz⁴⁷², esta corrente de pensamento consiste em dois fatores fundamentais: (a) interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição Federal mediante os princípios, as regras e os valores; e (b) eficácia direta dos direitos fundamentais que privilegiam valores não-patrimoniais para o direito privado, a exemplo, como ensina Gustavo Tepedino⁴⁷³, da dignidade humana, do desenvolvimento da sua personalidade, dos direitos sociais, da erradicação da pobreza e da justiça distributiva.

A segunda escola será encabeçada, neste trabalho, principalmente pela doutrina nacional de Otavio Luiz Rodrigues Junior através de seu mais recente livro intitulado *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. Ao que parece, esta é a mesma linha de pensamento, no Brasil, de Antônio Junqueira de Azevedo, Torquato Castro Junior, e, no exterior, do escritor Konrad Hesse através da obra *Direito Constitucional e Direito Privado*, notadamente no que se refere à eficácia indireta dos direitos fundamentais, tema a ser abordado no próximo capítulo.

Esta segunda corrente de pensamento não nega a constitucionalização do Direito Civil. Para Rodrigues Junior⁴⁷⁴, é impossível negá-la em pleno século XXI, entretanto, o referido professor procura em sua mais recente obra distinguir entre o que é e o que não é este fenômeno, conforme se verá mais à frente. Ele argumenta que inexistente consenso acerca do conceito da constitucionalização, uma vez que: (i) “persiste carente de um conteúdo objetivo (e objetivável)”⁴⁷⁵; (ii) não é possível verificar nas centenas de páginas escritas sobre o tema um

⁴⁷¹ Cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

⁴⁷² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

⁴⁷³ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006.

⁴⁷⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

⁴⁷⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 236.

“conceito operacional de ‘constitucionalização’ do Direito”⁴⁷⁶; (iii) a constitucionalização transformou-se em um conceito de guerrilha, eis que “nunca se sabe onde está, o que é, suas dimensões e seus efeitos. Pode estar em todos os lugares e em lugar algum”⁴⁷⁷; (iv) torna-se um ótimo meio de justificar escolhas aleatórias e de “jogar com a constitucionalização em seu enorme acervo de princípios e direitos fundamentais para se liberar de qualquer conformação racional dos atos decisórios”, tudo isso “para quem decide e não tem grandes preocupações com os custos argumentativos ou a prestação de contas democrática”⁴⁷⁸.

Conclui Rodrigues Junior⁴⁷⁹, que a única maneira de se estabelecer um debate científico sobre a matéria seria através da substituição do *conceito de guerrilha* pelo conceito do que ele chama de *combate convencional*, caso contrário, salvo as exceções dos estudos elaborados por Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, dentre outros, o tema permanecerá como uma cidade aberta, sem limites, sem filtros, sem fronteiras bem definidas.

Os termos primeira e segunda escola apenas são utilizadas neste estudo para fins didáticos. Esta distinção também não significa que as referidas escolas eventualmente não possuam pontos em comum.

3.2.2 A Primeira Escola Brasileira de Direito Civil

3.2.2.1 A Primeira Escola e uma Compreensão Metodológica Preliminar sobre a Constitucionalização do Direito Civil

O ser humano é o centro das atenções jurídicas. Desde a época dos romanos, já se dizia que “por causa dos homens todo o direito foi constituído” (*hominum causa, omne ius constitutum est*). Daí a necessidade de a Ciência do Direito efetuar sua tutela “seja considerando-o isoladamente, seja somando esforços e/ou recursos, com outras, constituindo

⁴⁷⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 237.

⁴⁷⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 237.

⁴⁷⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 237.

⁴⁷⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

pessoas jurídicas para realização de fins comuns, seja, ainda, na atuação como membro de determinada comunidade”⁴⁸⁰.

Portanto, o principal objeto do Direito Civil Constitucional não poderia ser outro senão o humanismo, em outras palavras, é “ter a pessoa humana como foco central da investigação, da aprendizagem e da aplicação do Direito Civil”, com o objetivo de garantir a “efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas”⁴⁸¹. Nesse contexto, ganha relevo e supremacia a tutela da dignidade da pessoa humana.

Paulo Lôbo⁴⁸² ensina que o Direito Civil Constitucional necessita ser investigado como uma “metodologia de estudo, de pesquisa e de aplicação do Direito Civil”, em que não é possível inferir a existência de uma competição entre as duas dogmáticas – Civil e Constitucional –, ou seja, não há que se falar que o Direito Civil Constitucional “teria deixado para trás toda a evolução do Direito Civil, bem como as categorias históricas e fundamentais que o singularizam”. Na verdade, esta temática representaria a ressignificação das categorias milenares e fundamentais do Direito Civil, no sentido de “atender a uma sociedade em mudanças e fazer com que o Direito Civil encontre sua vocação histórica, que é de ser um Direito de todo o povo, e não apenas de um segmento do povo”.

Este tema suscita intrigantes perguntas: a perspectiva Civil-Constitucional invoca uma preferência à Constituição ou às categorias e conceitos do Direito Constitucional? Por que os civilistas precisam trabalhar a partir de categorias e conceitos construídos pelos constitucionalistas? Seriam estas respostas adequadas ao Direito Civil? Para Paulo Lôbo⁴⁸³, a referência dos civilistas à Constituição necessita ser realizada diretamente a partir do texto constitucional, isto é, sem os conceitos e as categorias desenvolvidas pelos constitucionalistas, especialmente as normas constitucionais de organização do Estado.

Maria Cristina de Cicco, ao tratar acerca da constitucionalização do Direito Civil na perspectiva de Pietro Perlingieri, pondera que o enfoque metodológico do professor italiano “realça o papel dos princípios fundamentais nas relações de Direito Privado, mediante o seu

⁴⁸⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, São Paulo, p. 90-101, mar./maio 2002. p. 91.

⁴⁸¹ LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 19.

⁴⁸² LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 20.

⁴⁸³ LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

reconhecimento do seu caráter normativo”. Em poucas palavras, o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil seria um *método hermenêutico*, eis que a “proteção da dignidade humana pode se realizar somente mediante uma atividade hermenêutica”⁴⁸⁴.

Para a primeira escola, é incontestável o fato de que o Código Civil brasileiro de 1916, bem como os outros códigos da sua época, representava a Constituição do direito privado. As grandes codificações civis “tornaram-se conhecidas como as ‘constituições do homem comum’”.⁴⁸⁵ Na era do Estado Liberal⁴⁸⁶, cuja fundação, sob a perspectiva das relações jurídicas, estava alicerçada na liberdade econômica, na prosperidade, na segurança e na resistência à opressão⁴⁸⁷, a codificação civil representava a estabilidade, a segurança e a completude do estatuto único e monopolizador nas relações privadas. Isto significa dizer que não havia interferência do Direito Público, cujas atividades deveriam ficar restritas às questões do Estado, na esfera privada⁴⁸⁸. O “mundo da segurança” era representado pelo “mundo dos códigos”⁴⁸⁹. O afastamento da intromissão estatal era necessário para se evitar qualquer regulação da “mão invisível” do mercado, garantindo, assim, a propriedade, a autonomia privada e a liberdade⁴⁹⁰.

O Estado Liberal, na verdade, extinguiu a propriedade parcelada fundada na ideia de domínio direto (ou domínio eminente) e domínio útil, marca fundamental da relação vassalo-

⁴⁸⁴ CICCIO, Maria Cristina de. Prefácio. In: PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴⁸⁵ GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 549.

⁴⁸⁶ “A partir da nova realidade, a vitória dos burgueses, surgiu a reunião das leis civis no Código de Napoleão de 1804, colocando o direito civil como o centro da ordem jurídica, espraiando um sentimento de segurança formatado na ideia de completude e perenidade”. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O fenômeno da constitucionalização do Direito: seus efeitos sobre o direito civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 548.

⁴⁸⁷ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O fenômeno da constitucionalização do Direito: seus efeitos sobre o direito civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

⁴⁸⁸ “Com o Estado Liberal fica clara a repartição entre o direito privado e o direito público. Tal divisão, no entanto, tem seus contornos clarificados em face da adoção, pelo Estado Liberal, das ideias do jusnaturalismo racionalista, segundo a qual, no âmbito das relações privadas estariam os direitos naturais, dentre eles o exercício do direito de propriedade de forma absoluta, restando ao direito público as relações, sob o comando do Estado, que tivessem a ver com o interesse geral”. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O fenômeno da constitucionalização do Direito: seus efeitos sobre o direito civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 548.

⁴⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 48.

⁴⁹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

senhor feudal, “fazendo surgir um novo modelo de relação privada – liberdade individual, cujas raízes são encontradas no jusnaturalismo racionalista e na filosofia liberal”⁴⁹¹.

Sob influência do Código de Napoleão⁴⁹² e do BGB alemão, a Lei n. 3.071 de 1916, denominada Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, adotou como valor fundamental o indivíduo e a atuação dos sujeitos de direito (indivíduo livre, contratante e proprietário) sob um ponto de vista formal, isto é, sem qualquer sentimento, movido pela lei de mercado e pela teoria da justa troca. Tudo isso foi precedido pela filosofia do século XIX, que tinha como objetivo resguardar com máxima segurança jurídica o poder de contratar, a circulação de riquezas, a aquisição de bens “como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais”⁴⁹³.

O apogeu do Direito Civil restou na clara distinção e divisão entre o direito privado e o direito público no Estado Liberal, eis que representava um “instrumento para o fortalecimento do viés econômico que deveria conduzir as relações jurídicas de direito privado, de forma a evidenciar a importância da coisa em detrimento da pessoa”⁴⁹⁴. O mito da completude tinha na Escola da Exegese a base de sustentação de toda a codificação civil.

No plano hermenêutico, segue transcrição do trecho da obra de Mario Franzen de Lima acolhido por Rodrigues⁴⁹⁵:

[a codificação civil] surgiu à sombra das codificações do direito do século XIX. Antes destas codificações, o direito era, em sua maior parte, não escrito, oriundo do sentimento popular, e como que intuitivamente apreendido e verificado por uma tradição que o transmitia de geração em geração, conforme as necessidades da vida o haviam sugerido e pouco a pouco formado.... Com a codificação, todo esse material esparsa em leis, costumes, tradições e

⁴⁹¹ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O fenômeno da constitucionalização do Direito: seus efeitos sobre o direito civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 548.

⁴⁹² “Entende-se tradicionalmente por direito civil aquele que se formulou no Código de Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat – quem primeiro separou das leis civis as leis públicas -, cuja obra serviu para delimitação do conteúdo inserto no Code; conteúdo que, em seguida, viria a ser adotado pelas qualificações do século XIX”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 4.

⁴⁹³ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. p. 38.

⁴⁹⁴ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O fenômeno da constitucionalização do Direito: seus efeitos sobre o direito civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 549.

⁴⁹⁵ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O fenômeno da constitucionalização do Direito: seus efeitos sobre o direito civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 549-550.

precedentes da jurisprudência civil e comercial se fundiu e cristalizou em um bloco de fórmulas legislativas, decisivas, precisas, que se impunham com o absolutismo de dogmas jurídicos. E foi grande a repercussão deste fenômeno no método de interpretação [...] Essa concepção estreita apareceu em 1841, claramente formulada no livro *Autorité de la loi*, de BLONDEAU, decano da Faculdade de Direito de Paris: a lei deve e pode, graças a uma interpretação, de certo modo interna, satisfazer a todas as exigências da vida jurídica. Imaginava, observa Plainol, “que o código era algo completamente novo, sem ligações com o passado”, e o comentaram, isolando-o de tudo mais, como se houvesse “caído do céu”.

A completude e autossuficiência do Código Civil resultava exatamente na sua posição privilegiada em relação à Constituição, fruto da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado. Não havia a negação da superioridade do texto constitucional sobre o Direito Civil, entretanto a importância deste código nas relações privadas era tamanha que se chegava a “descartar ou menosprezar as disposições constitucionais para a interpretação da lei”, tudo isso sob o argumento de que o texto constitucional, ao visar a estruturação e organização do Estado, padecia “de uma instabilidade, não admissível nas ações privadas, fundadas no Código Civil, cujo traço era o da fortaleza e o da previsibilidade”⁴⁹⁶.

A confiança irrestrita na suficiência legal do Código de 1916 e o abandono das outras fontes do Direito passaram a entrar em crise no Brasil a partir dos anos 30, em virtude dos movimentos sociais e do processo de industrialização crescente a partir do século XIX na Europa, que passou a exigir uma maior intervenção estatal na economia⁴⁹⁷. A formação e a consolidação de novas castas econômicas forçaram o Estado legislador a reequilibrar o quadro sociopolítico mediante leis extracodificadas, que, na sua excepcionalidade, contrariava os princípios do Código Civil de 1916 como ordenador único das relações privadas. Entretanto, “a legislação de emergência pretendia-se episódica, casuística, fugaz, não sendo capaz de abalar os alicerces da dogmática do direito civil”⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O fenômeno da constitucionalização do Direito: seus efeitos sobre o direito civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 550.

⁴⁹⁷ Lôbo chama a atenção para a mudança de paradigma entre o constitucionalismo do Estado Moderno Liberal preocupado com o controle do Poder Político, os direitos e as garantias individuais, e o constitucionalismo influenciado pelo Estado Social preocupado desta feita com a ordem econômica e social, sem embargo da forte resistência conservadora “nos países centrais da década de 1980 em diante, particularmente com a doutrina de Reagan e Thatcher”. Para o professor da Universidade Federal de Pernambuco, este conservadorismo tinha como objetivo deixar os direitos subjetivos fundamentais fora da Constituição. LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 21.

⁴⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. p. 40.

A partir dos anos 30, no Brasil, sob a influência da intervenção assistencialista provocada pelo *Welfare State*, iniciou-se uma segunda fase interpretativa do Código Civil em que o referido diploma passou a perder o seu caráter de exclusividade regulatória, passando a exercer uma função de direito comum direcionada aos negócios jurídicos na sua generalidade. A evolução econômica impulsionou a necessidade de uma regulação de novos institutos, formando, assim, um direito especial e paralelo ao direito comum representado pelo Código Civil. Nesse período, ganhou relevo na teoria das obrigações o dirigismo contratual provocado a partir da Constituição de 1934.

A dogmática teórica e subjetivista passou a ser superada pela ideia de soluções objetivistas baseadas na nova realidade econômica pós-industrial. O conteúdo, os riscos, as finalidades das atividades do sujeito e o impacto social passaram a ser o foco do legislador, do intérprete e da doutrina. Tal cenário se acentuou no após-segunda guerra, quando as dificuldades econômicas associadas aos movimentos sociais impulsionaram o desenvolvimento de uma doutrina de lastro constitucional (no Brasil mediante a Constituição de 1946 e na Itália a partir da Constituição de 1948) voltada a uma atividade econômica privada limitada por deveres sociais. Nessa época, estavam em evidência a “nova sociedade industrial, a boa-fé objetiva e modelos sociais”⁴⁹⁹.

*A centralidade do Código Civil sobre o direito privado cede espaço para os princípios constitucionais*⁵⁰⁰ que passam a regular matérias antes exclusivas ao código. “A função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional”⁵⁰¹ a ser instrumentalizada através da legislação especial mediante, nos termos de Mauro Cappelletti, uma “*orgia legiferante*”⁵⁰².

Seguindo um viés cada vez mais intervencionista, a partir da Constituição Federal brasileira de 1988, inicia-se uma terceira fase marcada pelos estatutos, cujo objetivo foi o de

⁴⁹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 8.

⁵⁰⁰ “As bases dessa metodologia jurídica do século XX, liderada por privatistas, encontram na obra de Josef Esser (1910-1999) a ponte para a questão dos princípios, a qual viria a se tornar o núcleo da teoria da decisão do Direito Constitucional contemporâneo. Uma vez mais, está no Direito Privado, não apenas no Direito Civil, a chave para se entender problemas como sopesamento, ponderação e colisão de princípios, os quais viriam a assegurar as glórias acadêmicas, no final do século passado, a Robert Alexy e a Ronald Dworkin”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 9.

⁵⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. p. 41.

⁵⁰² Cf. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. p. 42.

regular integralmente matérias não abordadas pelo Código Civil. Os estatutos de destaque são: Código do Consumidor (1990), Lei do Inquilinato (1991), Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), Lei de Direitos Autorais (1998) e Estatuto do Idoso (2003). Diferentemente das legislações extravagantes anteriores à CF/88, estes novos diplomas, além de tratarem do direito substantivo, disciplinaram também matérias processuais, administrativas, penais e principiológicas.

Entre o Código Civil e estes estatutos, não se pode atribuir uma relação de gênero e espécie, ou de direito comum e especial, eis que arcabouços normativos inteiros são retirados do Código Civil. Estes diplomas teriam as seguintes características: (i) definição de objetivos concretos através do estabelecimento de políticas nacionais (consumo), metas legislativas (locação em imóveis urbanos) e políticas públicas (proteção da criança e do adolescente) e utilização de cláusulas gerais capazes de regular através da atividade interpretativa inúmeras situações futuras; (ii) utilização de linguagem menos jurídica e mais setorial; (iii) estabelecimento de uma função promocional do Direito, cujo objetivo normativo era uma atuação repressiva e ao mesmo tempo incentivadora; (iv) abordagem visando a aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais com foco na realização da personalidade e na tutela da dignidade da pessoa humana; (v) abandono do caráter genérico e abstrato do Código Civil mediante estabelecimento de diálogo setorial com associações, sindicatos e grupos de interesse⁵⁰³.

Verifica-se, portanto, o surgimento de uma nova era, cunhada pelo Professor italiano Natalino Irti como a “*era da descodificação*”, em que o monossistema dominado exclusivamente pela hegemonia do Código Civil de 1916 foi substituído pelo polissistema composto tanto pelo referido diploma, agora considerado um macrossistema, quanto pelos microssistemas representados pelos estatutos. No monossistema jurídico privado, havia um único universo com o Código Civil no centro cercado pelas leis especiais que orbitavam ao seu redor, ao passo que, no polissistema, passaram a existir inúmeros universos paralelos e isolados⁵⁰⁴.

Esse estado de coisas fez surgir um Direito Civil fragmentado e autônomo, de modo que as questões interpretativas deveriam ser resolvidas “no âmbito das normas do próprio

⁵⁰³ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006.

⁵⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006.

estatuto, esgotando no assim chamado microssistema a atividade interpretativa”⁵⁰⁵. Tal pensamento destoa da ordem constitucional vigente, que estabelece a Carta Maior como lei suprema do Estado e como fundamento de validade de toda a ordem jurídica capaz de conferir em torno dela unidade ao sistema, “o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado”⁵⁰⁶. Deste modo, seria imprescindível a reunificação do sistema de interpretação de toda a norma civilista – incluindo aí o Código Civil e as leis especiais – à luz da unidade axiológica existente no texto Constitucional.

Sem embargo da prevalência das correntes privatista ou publicista sobre o ordenamento e da existência dos microssistemas legislativos, o fato é que a Constituição Federal possui um caráter unificador de todo o sistema, ou seja, “não se pode reconhecer autonomia do sistema do qual são partes integrantes”⁵⁰⁷.

3.2.2.2 A Primeira Escola e Breves Considerações sobre a sua Base Doutrinária: Pietro Perlingieri e o Direito Civil Constitucional

Esta sessão terá como base a tradução feita por Maria Cristina de Cicco para o português do livro clássico do italiano Pietro Perlingieri intitulado *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*.

3.2.2.2.1 Breve introdução ao pensamento de Perlingieri

Antes de se adentrar propriamente no tema em debate, certas considerações prévias são necessárias para uma melhor compreensão acerca do pensamento de Perlingieri. Para ele, a jurisprudência dos valores seria o caminho para a reconstrução de um “sistema de Direito Civil Constitucional” capaz de realizar a “funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais, reconhecendo a estas últimas, em uma concretização dos princípios constitucionais, uma indiscutida preeminência”. Neste caso, ao “jurista, e especialmente ao juiz”, caberia a função de exercer uma “função de suplência em relação ao Poder Legislativo e

⁵⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. p. 45.

⁵⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 123.

⁵⁰⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 237.

àquele Executivo, frequentemente com justo equilíbrio, mas por vezes superando os limites consentidos”⁵⁰⁸.

Neste trilho, ganha relevo a despatrimonialização do direito civil que passa a adquirir centralidade “para elaboração das noções e para construção do sistema”. A base desta despatrimonialização estaria no “personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade como um fim em si mesmo, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)”. Perlingieri faz questão de ressaltar que este fenômeno não significa “a expulsão ou a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e civilístico”, uma vez que “o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não pode ser eliminado”⁵⁰⁹.

Sobre a despatrimonialização, a doutrina nacional representada aqui por Paulo Lôbo⁵¹⁰ ensina de maneira sucinta que este conceito associado à “repersonalização” “nada tem a ver com a negativa ou a desimportância do patrimônio”. Ele ensina que é “preciso deixar claro que o patrimônio está a serviço da pessoa, e esta não é uma atitude antipatrimonial, antes é uma “compreensão do seu papel primordial, considerando-se a primazia da pessoa”.

O que fundamenta a construção do pensamento de Perlingieri é exatamente a *mutabilidade da natureza dos institutos patrimoniais* e sua capacidade de passar da “jurisprudência civil dos interesses patrimoniais” para “uma mais atenta aos valores existenciais”. Na sua ótica, a reconstrução do Direito Civil não pode se dar através de uma “redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa”⁵¹¹.

Em relação ao método em si, o escritor italiano encabeça a ideia de que a “ciência jurídica é feita de uma pluralidade de métodos, muitas vezes concorrentes e complementares” e cuja concretização não depende apenas “do estado da doutrina e da legislação sobre o tema e das solicitações que sobre o próprio tema provém da prática, mas também da sensibilidade e da

⁵⁰⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 119-120.

⁵⁰⁹ O autor esclarece ainda que “a divergência, certamente não de natureza técnica, concerne à valoração qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo não para humilhar a inspiração econômica, mas, pelo menos, para lhe atribuir uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 121.

⁵¹⁰ LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 27.

⁵¹¹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 122.

experiência de quem pretende dedicar-se à pesquisa”⁵¹². A ciência jurídica tornar-se-ia imobilizada⁵¹³ caso houvesse a anulação entre os contrastes de perfil dogmático e sociológico, normativo e social. É necessário se ter uma “renovada e correta relação entre a economia, ética e política” e sem a ingênua ideia de que a “economia, sozinha, governa a política, e a lei é amiga somente do mercado e das suas exigências inevitáveis”⁵¹⁴.

É indiscutível que a relação entre o mercado e as instituições “represente o problema central da modernidade”, contudo é necessário manter a “consciência de que o protagonista dessa relação é, e permanece, o homem, como pessoa e não reduzido a consumidor ou produtor”. A naturalidade não deve ser subvertida pela artificialidade, assim como a “tecnologia e as técnicas não têm um valor autônomo e em si mesmas: são a história e a cultura, e, portanto, o direito, que atribuem valor às suas funções”. O direito não é meramente uma técnica, “mas é função ordenadora segundo os valores que emergem do confronto dos diversos e contrastantes interesses que animam e justificam as suas razões”, que certamente são bem mais amplas do que simplesmente as razões de mercado⁵¹⁵.

Ao fazer referência ao *Nichilismo giuridico* de Natalino Irti, Perlingieri ressalta que o juiz, diante da mutabilidade das leis e das vicissitudes humanas, deve ter *sensibilidade cultural* e assumir uma responsabilidade socialmente relevante e controlável, atenta às tensões contidas em um catálogo de valores, mergulhando, assim, na contemporaneidade, em toda sua complexidade, contradições, pluralidade e diversidade de valores, “sabendo captar tanto a tradição quanto a inovação, na convicção de que o Direito não se exaure na lei”⁵¹⁶. Deste modo, a obra do intérprete ao individuar o ordenamento jurídico do caso concreto deve se valer “dos princípios e das regras que se encontram na totalidade da experiência e da realidade histórica”⁵¹⁷.

⁵¹² Conforme esclarece R. Nicolò, “não são as discussões sobre o método e as soluções dos problemas metodológicos que podem implicar progressos substanciais nos resultados do trabalho do jurista, que frequentemente supõe dotes de intuição, de sensibilidade, de adequação espontânea à realidade a ser entendida explicada”. Cf. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 124.

⁵¹³ A esse respeito, Perlingieri acrescenta: “a tendência à cristalização dos conceitos e dos institutos jurídicos é sintoma de uma orientação contraditória, mediante a qual o provincianismo tende a se tornar valor universal [...] a categoria jurídica, longe de se considerar com uma realidade imóvel e rígida, válida *sub specie aeternitatis*, assume valor histórico-relativo como instrumento de conhecimento e, ao mesmo tempo, como resultado do precedente conhecer”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125-126.

⁵¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 127.

⁵¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 129.

⁵¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 131.

3.2.2.2 Relação entre direito público e privado

Neste campo, existiria, para Perlingieri⁵¹⁸, uma dificuldade de individuação entre direito público e privado⁵¹⁹. De imediato, não há como sustentar, sob o ponto de vista constitucional, que o interesse público seja um interesse juridicamente superior, uma vez que se trata de uma “concepção autoritária do Estado”⁵²⁰. Daí a importância de se repensar o conceito de interesse público, não como aquele que é mais importante do que o interesse privado, “mas um interesse de todos ou de muitos, ou um interesse instrumental (ou intermediário), que deve ser satisfeito a fim de que outros interesses individuais sejam, por sua vez, satisfeitos”⁵²¹. Outrossim, não é possível defender a tese de que o interesse público deva prevalecer sobre o direito privado por ser mais amplo, eis que “mais amplo não significa mais importante para o direito, mas somente mais geral, mais abstrato e, para o direito, a generalidade do interesse não deve ser confundida com a hierarquia dos valores”⁵²².

Parcela da doutrina brasileira segue esta linha de raciocínio. Este, contudo, não é um tema recente a ser tratado pela doutrina brasileira. Já acentuava Eduardo Espínola⁵²³ que “o direito civil pertence evidentemente ao direito privado, ou antes é o direito privado por excelência; entretanto, tem ele partes de direito público”. Em recente doutrina, partindo do pressuposto de que “os valores propugnados pela Constituição estão presentes em todos os recantos do tecido normativo”, Moraes⁵²⁴ compreende ser “inaceitável a rígida contraposição

⁵¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 143-150.

⁵¹⁹ Neste mesmo sentido, na doutrina brasileira: “com cada vez mais frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e privado, não havendo, em relação a estes, uma delimitação precisa. O interesse público e o interesse privado, ao contrário, fundem-se”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 10.

⁵²⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 147. O autor acrescenta que “A autoridade do Estado está na legitimidade de seus princípios: o Estado moderno é caracterizado não por uma relação de subordinação do cidadão à soberania do Estado, mas pelo compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse das pessoas singulares”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 147.

⁵²¹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 146.

⁵²² [...] são de direito privado as regras e os princípios – relativos à disciplina dos comportamentos individuais – reproduzíveis ao princípio da igualdade; são de Direito público as normas que instituem uma diferença entre sujeitos comuns (os particulares) e outros sujeitos, definidos entes, investidos de autoridade (individualizáveis porque qualificados ‘públicos’). É necessário sempre individuar a razão e a justificativa constitucional da disparidade. Todos são iguais perante a lei; a lei não tem autoridade superior em relação à pessoa, mas tem autoridade de servir à pessoa. [...] Os problemas concernentes às relações civilísticas devem ser enfocados de modo a recuperar os valores publicísticos para o direito privado e os valores privados para o direito público. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 146-150.

⁵²³ ESPINOLA, Eduardo. **Sistema do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 42.

⁵²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 9.

direito público x direito privado”. Tepedino⁵²⁵ diz que o preconceito da separação entre público e privado deve ser abandonado, eis que, diante da “natureza híbrida dos novos temas e institutos vindos a lume com a sociedade tecnológica”, nem sempre será possível “definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado”⁵²⁶.

3.2.2.2.3 O papel da Constituição: unidade do sistema jurídico e centralismo constitucional

Perlingieri parte da premissa segundo a qual competiria à ciência jurídica extrair uma ordem do caos legislativo, expressando-a em um sistema que não tenha uma finalidade em si mesmo, tampouco tenha a pretensão de ser definitivo, mas que, “ao contrário, tenha somente a função de composição tendencial e contingente das diversas partes, como construção do conjunto de elementos e de razões”⁵²⁷ capazes de efetuar um controle das disposições vigentes.

Ele afirma “com muita convicção” que o constitucionalismo operou uma transformação na “configuração tradicional do sistema jurídico, transferindo o baricentro do próprio sistema, fundado atualmente sobre valores fortes, hierarquicamente prevaletentes e unitários para todo ordenamento”. Segundo ele, os valores não “devem mais ser emprestados da legislação ordinária diante do seu caráter inconstante e diante da natureza preponderantemente privatística e patrimonial”. Os valores constitucionais serviriam, portanto, como um “reforço da legalidade que tende a se unir com a legitimidade”, que se daria mediante a interpretação das normas controladas pela “interpretação dos valores-guias”⁵²⁸.

Nesta linha de pensamento, o primado dos princípios constitucionais serviria para “focalizar o principal método de controle da atividade interpretativa no momento sistemático”, a conferir-lhes a função primordial de constituir o próprio ordenamento jurídico, dando-lhe forma e unidade. Em sequência, Perlingieri⁵²⁹ indaga como a Constituição poderia conciliar a

⁵²⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. p. 51.

⁵²⁶ “Algumas matérias, em particular, retratam esse preconceito por parte de alguns autores. Apregoa-se com frequência a migração de certos institutos do Direito Civil para o direito administrativo por força da intervenção estatal na sua regulamentação, ou pela perda da referência individualista da disciplina legal. Assim ocorre, por exemplo, no caso da responsabilidade objetiva, com a consagração da teoria do risco, prevista constitucionalmente na hipótese de responsabilidade estatal. A matéria é tipicamente do direito civil e não do direito administrativo, como sustentam alguns. Não é porque se substituiu a responsabilidade aquiliana pela teoria do risco que o civilista deverá lavar as mãos, considerando-se estranho à temática. Cuida-se, na verdade, de uma dualidade de fontes – ato ilícito e leis específicas –, introduzida no estudo da responsabilidade civil, que nem por isso deixa de se integrar à dogmática do direito civil”. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. p. 51.

⁵²⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 592.

⁵²⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 592.

⁵²⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

unidade e a pluralidade contida no ordenamento. Através de uma resposta aparentemente problemática, aduz que “não existe mais um centro do ordenamento, mas uma mobilidade e uma plasticidade do normativo, que contribuem para modificar sensivelmente o quadro e a lógica tradicional do jurídico”⁵³⁰.

Ao final, conclui o professor italiano chamando a atenção para o fato de ser impossível manter uma separação entre a *teoria da interpretação das leis ordinárias* e a *teoria da interpretação das normas constitucionais*, competindo ao *parâmetro sistemático* interpretar o ordenamento na sua unidade, e ao *parâmetro axiológico* avivar e tornar atual o ordenamento de acordo com os valores constitucionais, comunitários e internacionais. O intérprete, portanto, deve conferir legitimidade constitucional e legitimidade comunitária a qualquer disposição, ainda que em face de normas aparentemente claras, uma vez que “a clareza, na verdade, é um eventual *posterius*, não um *prius* da interpretação”⁵³¹.

3.2.2.2.4 As bases teóricas do Direito Civil Constitucional: a fórmula da releitura

No Capítulo décimo primeiro de seu livro intitulado *Direito Civil na legalidade Constitucional*, Perlingieri faz considerações que, em parte, destoam daquelas defendidas pela segunda escola, no presente trabalho representada pelo professor Otavio Luiz Rodrigues Junior, de acordo com a qual a interpretação à luz da Constituição não pode ser considerada constitucionalização do Direito Civil. Este, na verdade, é o cerne da obra de Perlingieri: “uma teoria da interpretação”, entendida como “teoria do controle e da aplicação” como “método hermenêutico para a teoria geral do direito”⁵³².

Entretanto, é necessário esclarecer certos pontos para que não se cometam equívocos interpretativos. O primeiro deles é que Otavio Luiz Rodrigues Junior não nega a interpretação do direito ordinário à luz da Constituição Federal, ele apenas diz que ora este fenômeno é efeito

⁵³⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 594. “Que a Constituição seja uma parte edificante da estrutura social entendida globalmente e que seja algo a ser interpretado de forma vinculante com relação a todas as disciplinas de setor, sem distinção de colocações topográficas e sem distinguir entre códigos, regulamentos comunitários ou leis especiais, é consequência da própria enunciação teórica de acordo com a qual ‘se a interpretação é interpretação de alguma coisa, então nem tudo é interpretação’. Em um estado democrático o poder ao qual cabe decidir as regras, principalmente aquelas edificantes, é o poder soberano, representado modernamente pelo povo”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 596.

⁵³¹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 597.

⁵³² CICCIO, Maria Cristina de. Prefácio. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

da constitucionalização do Direito Civil, ora é um instrumento da constitucionalização por irradiação. O segundo é que Perlingieri não faz a distinção entre o que é e o que não é constitucionalização do Direito Civil. Ele apenas aborda os aspectos do Direito Civil constitucional com enfoque nítido na fórmula da “releitura do Código Civil à luz da Constituição”, sem diferenciar rigorosamente entre o que não é, o que é, quais os instrumentos e quais são os efeitos da constitucionalização do Direito Civil.

Como já se disse, para o professor italiano⁵³³, a constitucionalização do Direito Civil estaria presente na seguinte fórmula: “releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição republicana”. Contudo, no intuito de se evitar ambiguidades, o autor chama a atenção para o fato de esta fórmula exigir profunda reflexão sobre o papel global que a carta constitucional ocupa na teoria das fontes do Direito Civil.

Muito embora a norma constitucional tenha o papel de estabelecer limites ou barreiras à norma ordinária, não se pode, na visão de Perlingieri⁵³⁴, Tepedino⁵³⁵ e Moraes⁵³⁶, atribuir a ela exclusivamente e excepcionalmente a função residual sem que haja incidência sobre atividade interpretativa das disposições ordinárias. Esta noção exclusiva de limite (de subsidiariedade) indica uma ideia de separação entre legislação ordinária e constitucional, quando, “ao contrário, a unidade do ordenamento exige individuar os princípios fundamentais e gerais caracterizadores de cada setor normativamente relevante nas normas constitucionais e nos valores que elas exprimem”. Outrossim, a noção de limite afastaria a própria ideia de normatividade das disposições constitucionais⁵³⁷.

Outro equívoco também seria o de considerar a natureza normativa da Constituição como um mero rol de princípios jurídicos gerais a ser utilizado somente em sede de interpretação de enunciados normativos ordinários, como se a norma Constitucional “fosse um mero recipiente de máximas gerais desprovidas de qualquer força em um setor da vida sobre o qual o Parlamento ainda não emanou uma lei ordinária”⁵³⁸. A releitura da legislação ordinária, portanto, deve-se fazer à luz dos valores constitucionais, evitando, assim, que prevaleça a letra

⁵³³ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 569.

⁵³⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006.

⁵³⁶ “A unidade do ordenamento é característica reconhecidamente essencial (*rectius*, lógica) da estrutura e da função do sistema jurídico. Ela decorre da existência (pressuposta) da norma fundamental (Grundnorm), fator determinador de validade de toda a ordem jurídica, E abrange a então intolerabilidade de antinomias entre as múltiplas proposições normativas (constituindo-se, assim, num sistema)”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 8.

⁵³⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 571.

⁵³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

da lei ou se utilize o superado espírito da lei, situação em que se atribui à legislação ordinária um juízo de valor discricionário e subjetivo. Tudo isso teria por finalidade conferir ao intérprete um meio para se apoiar em um ponto fixo das normas constitucionais, reduzindo a esfera de discricionariedade⁵³⁹.

O fundamento e a justificação primeira da norma ordinária deve ser constitucional, e isso precisa ocorrer através de uma harmonia coerente e razoável de acordo com “princípios de adequação e proporcionalidade que postulam o conhecimento aprofundado das peculiaridades do caso concreto”⁵⁴⁰. A razoabilidade, neste caso, não apenas veda o tratamento diferenciado de *fattispecie* iguais e vice-versa, mas “impõe também a verificação da coerência da norma em relação ao seu fim e às razões do ordenamento globalmente considerado”⁵⁴¹.

A constitucionalização do Direito fez com que a Constituição ocupasse o centro do ordenamento jurídico, todavia a sua interpretação deve ocorrer “evolutivamente de acordo com o modificar-se dos valores ético-políticos no bojo da comunidade à qual a constituição se refere”⁵⁴². Isso, todavia, não pode implicar em uma “hiperinterpretação” da Constituição com “consequente abrandamento seja das regras de interpretação culturalmente aceitas seja no controle da cultura social sobre a atribuição de significados aos anunciados”, sob pena de produzir instabilidade e incerteza jurídica⁵⁴³.

O princípio da legalidade constitucional exige que o Estado exprima as exigências da concretização do ordenamento jurídico na sua globalidade, levando em consideração não apenas a Constituição, mas esta e suas leis, até porque a própria Carta Magna brasileira faz menção à legislação ordinária, isto é, à lei, mais de quatro centenas de vezes.

Muito embora seja relativamente longa a citação abaixo transcrita, vale a pena a leitura integral deste trecho da obra de Perlingieri⁵⁴⁴, eis que traduz bem o núcleo da ideia defendida pelo autor:

⁵³⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 572.

⁵⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

⁵⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 575.

⁵⁴² Em sentido aproximado: “pode ser considerado como presunção do Direito (e dos juristas) imaginar que esses câmbios se dão por uma generosa vontade semidivina do constituinte, do legislador, dos magistrados ou dos doutrinadores. Se é certo que há vozes que se antecipam às alterações normativas ou jurisprudenciais, elas só conseguem transformar seus vaticínios em realidade quando o povo passa a neles acreditar ou a tornar aceitável aquilo que se passou a praticar de modo cada vez mais generalizado. Este é um espaço típico de condicionamento da norma pela realidade social e não o contrário”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 206.

⁵⁴³ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 575-576.

⁵⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 576.

O princípio da legalidade constitucional é um ponto fixo, um caminho obrigatório para o intérprete que pretenda reencontrar uma uniformidade de interpretação, utilizando as potencialidades implícitas no sistema jurídico, no respeito substancial do mesmo e com um renovado positivismo que, não se identificando na simples referência aos códigos, constitua um possível ponto de confluência metodológica [...] A constitucionalização do Direito representa não somente uma exigência da unidade do sistema ou do respeito da hierarquia das suas fontes, mas também o caminho para obviar o risco das degenerações do Estado de direito formal. Não se trata de destruir, mas de adequar a interpretação e as técnicas aos valores primários, evitando aceitar como válidas as praxes oficiais [...] As próprias regras hermenêuticas devem ser expressões da estrutura e da lógica do sistema, e não da abstrata lógica do jurista.

Muito embora a interpretação a partir dos princípios constitucionais constitua uma metodologia útil “que deve ser utilizada constantemente”, ela “não aproveita totalmente as potencialidades das normas constitucionais”. Assim, a norma constitucional, além de ser utilizada como instrumento hermenêutico, precisa também ser compreendida como “parte integrante da própria normativa destinada a regular a concreta relação”. A fórmula da releitura, portanto, não pode expressar apenas uma “subsidiária atividade interpretativa de normas e princípios de natureza ordinária e não se exaure na interpretação constitucional do objeto ‘norma’, em especial nos casos duvidosos. Isto porque as “normas constitucionais, que ditam os princípios de relevância geral, são de direito substancial e não meramente interpretativas”⁵⁴⁵.

Outrossim, verifica-se que é impossível distinguir critérios hermenêuticos dos princípios substanciais, uma vez que “o princípio substancial é critério hermenêutico”, e uma vez que “sem o princípio substancial a interpretação seria um jogo lógico: *mas não é somente lógico, é também teleológico e axiológico*”, logo, ele precisa de “conteúdos que não são dados pelas mesmas normas substanciais”. Deve-se, portanto, em qualquer hipótese, partir do entendimento de que “os valores e os princípios constitucionais são normas”. Isso fundamenta o fato de a unidade do ordenamento jurídico ser bem amparada pela legalidade constitucional compreendida “como conjunto de valores acolhidos na Carta republicana” e capazes de orientar a “interpretação da lei, as construções doutrinárias e as decisões jurisprudenciais e, outrossim, oferecerem a justificação das normas ordinárias”⁵⁴⁶.

Em relação à dignidade humana, Perlingieri chama a atenção para o fato de que cada ramo do direito, “do ponto de vista não apenas formal, mas substancial, extrai o seu fundamento

⁵⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 580.

⁵⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 580.

do quadro constitucional”. Logo, a Constituição seria a “*fonte privilegiada* das relações pessoais, econômicas e sociais” e a realização e concretização dos direitos fundamentais se daria através da “identificação do interesse público”⁵⁴⁷ no caso concreto.

Ao abordar a despatrimonialização da teoria do negócio ou dos institutos jurídicos, Perlingieri defende uma “definitiva emancipação da função de troca meramente retributiva” em favor de um “novo interesse público” cujo alvo não seria aquele “identificado por um produtivismo voltado para autarquia (sociedade que se basta em si mesma em termos econômicos)”, tampouco por “uma mera tendência igualitária e coletiva que acentue a justa distribuição em relação à produção de bens, mas, sim, pela produção” que respeite a dignidade humana, “em um sábio equilíbrio entre exigências de eficiências e razões de justiça social”⁵⁴⁸. Deste modo, há renovação dos estudos sobre o negócio jurídico; esta releitura seria lastreada “em uma abordagem moderna e pós-dogmática, sem a ambição de uma superação dos conceitos, mas nem sequer sem a responsabilidade de assumi-lo como a-histórico e sem conteúdo”⁵⁴⁹.

No tocante ao direito de família, esta seria um “valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana” e o local onde “se desenvolve a pessoa” através da sua educação e promoção⁵⁵⁰. Nesta tônica, o professor italiano critica doutrinas que defendem a plena imunidade, a autonomia e o caráter auto-regulamentador das famílias quando estiverem em contraste “com os valores do sistema vigente”. Na sua ótica, é preciso haver uma abertura para o “controle sobre as vicissitudes pessoais e familiares” em função da garantia dos direitos fundamentais, “a ser realizada por iniciativa dos próprios interessados e do Ministério Público”⁵⁵¹.

Em suma, Perlingieri⁵⁵² convida o leitor a pensar sobre o futuro do Direito Civil nos seguintes termos:

⁵⁴⁷ “O interesse público, portanto, não como superestrutura burocrática e superindividual, mas como síntese e realização equilibrada dos valores das pessoas consociadas na unidade dos seus direitos e dos seus deveres, como titulares de um *status personae* paritário. O interesse público e aquele privado e individual, assim como não podem estar fisiologicamente em conflito, também não podem deixar de estar presentes em cada atividade juridicamente relevante [...] o *status personae*, nas palavras do autor italiano deve ser compreendida como “síntese unitária dos direitos e dos deveres do homem” e das suas “razões existenciais juridicamente relevantes”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 432-433; 979.

⁵⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 433.

⁵⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 434.

⁵⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 974.

⁵⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 980.

⁵⁵² PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 479.

Ou um direito civil exasperadamente garantidor das situações adquiridas e de toda sorte das posições de força, insensível aos aspectos da socialidade como instrumento de realização da dignidade do homem; ou um direito civil praticamente não escrito, fundado sobre a formação jurisprudencial caracterizadora do princípio da igualdade dita substancial, remetido aos impulsos e aos contra-impulsos dos movimentos reivindicatórios, isto é, uma justiça não segundo a norma, mas segundo aquilo que a norma deveria ter dito exclusivamente como concretização da igualdade substancial.

Desse trecho se constata que, muito embora a Itália seja regida pelo sistema romano-germânico (*civil law*), ao que parece a doutrina de Perlingieri tende a se aproximar bastante do sistema jurídico anglo-saxão (*common law*), especialmente na parte em que ele faz alusão a um direito civil “praticamente não escrito”. Contudo, é preciso compreender bem a obra de Perlingieri para não se cometer equívocos interpretativos. Em outro trecho de sua obra central, ele defende expressamente que o jurista deve se empenhar “eventualmente em uma atividade de resistência às escolhas ilegítimas do legislador” (quando a lei viola direitos fundamentais da pessoa). Contudo, diz ele, “esse discurso possui os seus limites”. A função do jurista é independente (livre) e complexa, uma vez que “sua atividade valorativa envolve um conjunto de aspectos, desde o ideológico, político ao social, ético, religioso”, no entanto, *isso não lhe confere liberdade para não aplicar a norma*: “ele está vinculado não à letra da lei, mas ao seu ‘espírito’, ao seu significado na globalidade do ordenamento, na realidade histórica sobre a qual deve incidir”⁵⁵³.

3.2.2.3 A Primeira Escola e a Doutrina Brasileira sobre o Direito Civil Constitucional

A obra de Pietro Perlingieri “influenciou profundamente alguns dos pioneiros da constitucionalização do Direito Civil no Brasil, como é o caso dos professores Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin e Maria Celina Bodin de Moraes”⁵⁵⁴. Sem embargo das breves considerações sobre a doutrina do professor italiano, procurou-se ao máximo dissertar sobre a base teórica do seu pensamento, em especial no que se refere ao Direito Civil Constitucional.

⁵⁵³ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 173-174.

⁵⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007a. p. 113.

Não se pretende neste tópico replicar a doutrinas destes mestres nacionais do Direito Civil, mas, tão somente, trazer certos exemplos da “integração hermenêutica do Código Civil com as leis especiais e a Constituição”⁵⁵⁵.

Tepedino⁵⁵⁶ aborda a integração Civil-Constitucional através dos seguintes exemplos. Em primeiro lugar, ele cita a importância do art. 170 da CF/88 trazer para a seara interpretativa a propriedade e sua função social como princípios gerais da ordem econômica, temas estes não enfrentados pelo Código de 1916 e abordados timidamente pelas leis especiais. Em específico, o professor carioca traz à discussão o debate em torno da insuscetibilidade de desapropriação da propriedade rural produtiva (art. 185, inciso II, CF/88).

O termo “propriedade produtiva” não poderia ser interpretado de maneira isolada, mas em conjunto com os demais preceitos constitucionais, a exemplo do que estipula o art. 186 da CF/88, que invoca expressamente valores extraproprietários para definir o cumprimento da função social da propriedade. Outros dois artigos constitucionais que deveriam ter relevo, na ótica do professor Tepedino, seriam os arts. 1º com a introdução do princípio da dignidade humana como fundamento da República e o art. 3º, inciso III, que, ao estabelecer como objetivo fundamental da República a erradicação da pobreza, introduziu no ordenamento jurídico o princípio da igualdade substancial que imporia o comprometimento com a redução das desigualdades sociais com a redistribuição da riqueza.

Em resumo, Tepedino⁵⁵⁷ assevera que o termo “propriedade produtiva” não se refere apenas à produtividade econômica, mas àquela que também esteja em cumprimento à função social da propriedade, “cujo exercício possa ser associado à redistribuição de riqueza”, promovendo, assim, “os princípios fundamentais da República”. Como se vê, para o referido autor, não é possível interpretar as normas infraconstitucionais apenas de acordo com os seus próprios princípios, eis que “tais preceitos setoriais” estão “condicionados, vinculados, instrumentalizados, ao projeto constitucional”.

Já em relação à lei de locação, o princípio da dignidade humana é efetivado quando o referido estatuto garante que “a *estabilidade do inquilino na comunidade familiar*, em seu local de trabalho e em sua moradia adquire valor prioritário na solução dos conflitos de interesse”⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. p. 47.

⁵⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006.

⁵⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. p. 48.

⁵⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. p. 48.

Muito embora aborde em seu texto apenas a interpretação do art. 30 da lei de locações, realizando uma diferenciação entre discriminação arbitrária e tratamento legitimamente diferenciado, o professor carioca não delimitou quais os limites e o alcance do que ele chama de “estabilidade do inquilino”.

Estaria defendendo o professor Tepedino que, em nome do princípio da dignidade humana, seria possível a mitigação no caso concreto do não cumprimento dos deveres impostos ao locatário, a exemplo da inadimplência ou do pagamento defasado dos locatícios, para uma suposta efetivação da “estabilidade do inquilino”? O que significa dizer que, na interpretação da Lei do Inquilinato, a “moradia adquire valor prioritário na solução dos conflitos de interesse”? Quais seriam as hipóteses desses “conflitos de interesses” e em que medida haveria uma superioridade hierárquica deste valor” sobre os demais valores? Quais seriam esses demais valores? O referido autor não responde diretamente a essas perguntas centrais, muito embora a sua pretensão tenha sido a de atribuir uma interpretação constitucional à Lei do Inquilinato, que fındou por ser genérica e vaga, acusação esta também dirigida conforme visto ao significado filosófico e jurídico da dignidade humana.

Em relação ao direito de família, verificar-se-ia que o art. 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, apontaria para o fato de que no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, “o filho deva se inserir na relação familiar como protagonista do próprio processo educacional”. Isso significa dizer que o filho estaria constitucionalmente autorizado a “discutir os critérios de avaliação educacional e pedagógico, sendo estimulado ao controle do exercício do pátrio poder”, garantindo, assim, o “melhor desenvolvimento de sua personalidade”⁵⁵⁹.

Edson Fachin⁵⁶⁰ adota a ideia de funcionalização da família que significa o reconhecimento da eficácia jurídica “às relações vivencialmente constituídas”, em que se visa proteger não o modelo abstrato de família, “criado para conferir segurança e previsibilidade à acumulação patrimonial e à lógica proprietária, mas sim o sujeito concreto, que poderá se desenvolver em sua plenitude intersubjetiva”.

Ao abordar o conceito de *democratização familiar*, Moares⁵⁶¹ adverte que “somente a interpretação conforme a Constituição da República, na perspectiva do direito civil-constitucional, permitirá o pleno desenvolvimento” do Código Civil de 2002. Nesta seara, um

⁵⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. p. 49.

⁵⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 94.

⁵⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

dos aspectos mais difíceis seria a autoridade paterna em relação aos filhos e as posições antagônicas a esse respeito, a saber, uma *autoridade imposta* e *outra negociada*. Em qualquer hipótese, o intérprete, na visão de Moares⁵⁶², não pode desconsiderar “dois grandes movimentos históricos característicos dos países ocidentais: o da busca do amor livre e o da atenção com o desenvolvimento psíquico e intelectual da criança”⁵⁶³.

Em conclusão, toda esta construção teórica decorreria do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, cuja base seria a dignidade humana reconhecida como uma “conquista determinante e uma transformação subversiva de toda a ordem jurídica privada” antes baseada “no contexto histórico burguês e liberal”. Sendo assim, resta determinante na atualidade o “predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais”⁵⁶⁴.

Neste mesmo sentido é a doutrina de Tepedino⁵⁶⁵, segundo a qual “a dignidade da pessoa humana constitui princípio remodelador das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro”, capaz de promover “a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais”, no intuito de “realizar o processo de inclusão social, com a realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais”.

As demais questões relativas à “perspectiva civil-constitucional” dizem respeito ao estudo da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, tema que será objeto de estudo em específico no quarto capítulo deste estudo.

3.2.3 A Segunda Escola e a Constitucionalização do Direito Civil

Como contraponto à obra referência de Pietro Perlingieri, representante da primeira escola, utilizar-se-á a 2ª edição publicada em 2019 da recente obra intitulada *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*, fruto da tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo pelo professor Otavio Luiz Rodrigues Junior.

⁵⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

⁵⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 234.

⁵⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 318.

⁵⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 18.

3.2.3.1 Premissas Fundamentais

Para melhor compreender as ideias do autor, certas premissas fundamentais precisam ser apresentadas para que não se interprete equivocadamente sua tese.

A primeira delas se refere à existência e à consolidação da dicotomia entre o Direito Público e Privado, restando comprovada a autonomia metodológica deste em relação àquele. Partindo do fenômeno da publicização do Direito ocorrido no século XX, Rodrigues Junior⁵⁶⁶ compreende que este fenômeno foi passageiro e transitório na história, sendo, portanto, necessária a atualização do discurso jurídico em um mundo “em aguda transformação”.

Em sucintas palavras, verificou-se, “ao longo do século XX, a existência de um processo de avanço contínuo do Direito Público sobre o Direito Privado”⁵⁶⁷. A raiz desta situação estaria no fim das grandes dinastias europeias no Novecentos e da crise econômica gerada pelas duas guerras mundiais que colocaram nas mãos do Estado, à exceção dos Estados Unidos da América, os meios de produção e o poder de financiar recursos e gerar investimentos em um contexto de forte crescimento populacional, de novas tecnologias da formação de uma sociedade de consumo.

No Brasil, essa intervenção estatal se intensificou no Estado Novo (1937-1945) e no Regime Militar (1964-1985) através de: (i) “pesados mecanismos de securitização previdenciária, dos acidentes de trabalho e de transporte”; (ii) universalização da educação; e (iii) “leis protetivas aos trabalhadores, aos consumidores, aos locatários prediais urbanos, aos idosos, às crianças e aos adolescentes”.

Esse processo acabou gerando uma sensação de asfixia do espaço privado, com o “desenvolvimento de teorias, movimentos ou mesmo slogans como a publicização, a moralização, a democratização e a socialização do Direito, além da publicização do contrato e o dirigismo contratual”⁵⁶⁸. Estas ideias “eram tributárias de autores alemães e italianos do final do século XIX, como Otto von Gierke, Anton Menger von Wolfensgrün (representante dos ‘catedráticos socialistas austríacos’) e Enrico Cimbali”⁵⁶⁹. No Brasil⁵⁷⁰, o movimento de certa

⁵⁶⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 50.

⁵⁶⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 40.

⁵⁶⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 42.

⁵⁶⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 42.

⁵⁷⁰ “Invocando este sábio conceito de Montesquieu, consoante o qual *não se deve regular segundo os princípios do Direito Político as coisas que dependem dos princípios do Direito Civil*, Georges Ripert assinala e repele a

decadência do Direito Civil e de sua publicização teve profunda influência do solidarismo de Adolphe Marie Lous Georges Ripert (1880-1958) com sua obra intitulada *A regra moral das obrigações civis*. O fato problemático, contudo, é que Ripert foi ministro de Estado da Educação e Juventude do regime colaboracionista e antisemita de Vichy⁵⁷¹.

Atualmente, um discurso contra a socialização do Direito seria desqualificado por contraste, ou seja, tido como “individualista ou conservador”. Não apenas o Direito Civil, mas também o Direito Penal passou por uma onda de “socialização do Direito Penal”⁵⁷² no final dos anos de 1920. Por fim, registre-se que o apelo ao elemento social foi elemento fundamental e justificador na substituição dos “códigos civis italiano (o Código Civil de 1865) e português (o Código do Visconde de Seabra de 1867) pelos códigos de 1942 e 1967, respectivamente, ambos aprovados durante regimes de exceção”⁵⁷³.

Em relação ao enfraquecimento do Direito Privado, em especial à teoria contratual clássica no Brasil, este teria fundamento através da obra de dois autores americanos (Grant

tendência moderna de se transformar o direito privado em direito público. E lembra que, para designar a nova corrente de ideias, criou-se o neologismo publicização do direito, que os políticos substituem por denominação outra, tal a de socialização do direito [...] Para se atribuir força imperativa, inderrogável pela vontade das partes a tais disposições, preciso não é, entretanto, incluí-las no direito público, subvertendo-se a distinção tradicional entre este ramo do direito e o direito privado. Basta atribuí-lhes, implicitamente ou expressamente, o caráter de normas de ordem pública, assim se obtendo resultado almejado, sem infração da sistemática do direito objetivo”. RÃO, Vicente. **O direito à vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 243.

⁵⁷¹ “A República Francesa foi invadida por forças militares do Reich alemão em 1940. O armistício foi celebrado em 22 de junho de 1940, tendo-se definido que parte do território francês seria mantido sob administração independente do Governo Militar alemão para as áreas ocupadas. O presidente Albert Lebrun nomeou para o cargo de primeiro ministro o marechal Philippe Pétain, que, em julho de 1940, se tornou chefe de Estado do que passou à História como o Regime de Vichy, dado que a sede do governo foi transferida para uma estância hidrotermal com esse nome. O governo de Pétain ficou conhecido como ‘colaboracionista’, pois, enquanto durou, serviu aos interesses alemães, perseguindo judeus e compatriotas que não se renderam e prosseguiram a luta contra o invasor sob a liderança do general de brigada Charles de Gaulle, futuro liberador da França em 1944. Grande parte da elite política, militar, econômica e jurídica francesa tornou-se ‘colaboracionista’ e cooperou ativamente com o governo de Pétain e o invasor alemão. A esse respeito, Robert Aron (Histoire de Vichy. 1940-1944. Paris: Fayard, 1954. p. 97) assinala que Vichy surge em julho de 1940 como palco de um dos mais impressionantes momentos políticos da História da França: o lugar onde a República comete suicídio legalmente e onde um golpe de estado é aprovado por suas próprias vítimas. Poucos juristas, como René Cassin, Joë Nordmann e Pierre Cot, uniram-se à França Livre e saíram do conforto de suas posições para dar combate ao regime protofascista de Vichy (CASSIN, René. Vichy or Free France? Foreign Affairs, v. 20, no 1, p. 103-104, out. 1941)”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 42.

⁵⁷² “A socialização do Direito Penal, de que resulta um Direito Penal Socialista, é o processo que gera consequências como (i) a prevalência dos interesses sociais sobre os individuais; (ii) a culpabilidade seria um elemento ultrapassado no Direito Penal, devendo-se buscar uma maior objetivação na responsabilização do infrator; (iii) o desprezo aos limites da tradição do liberalismo-jurídico-penal; (iv) o repúdio ao Direito Penal que pune o fato, porquanto ‘muitas vezes a periculosidade se manifesta antes do delicto, e desde então deve a sociedade defender-se’; (v) a mitigação do princípio da legalidade penal (*nulla poena sine lege*), dado que o princípio da defesa social deve prevalecer em nome da eficácia da sanção penal”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 43.

⁵⁷³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 44.

Gilmore e Morton J. Horwitz) e um inglês (Patrick S. Atiyah)⁵⁷⁴. Acontece que certos fatores precisam ser levados em consideração: (i) as mencionadas obras foram geradas na década de 60, época de forte intervencionismo estatal, prestígio do keynesianismo, a Guerra Fria e o “desencanto, tanto na América quanto na antiga sede do velho Império Britânico, com a sociedade burocratizada de comitês de servidores públicos, agências capturadas e movimentos paredistas e sindicais fortalecidos”⁵⁷⁵; (ii) as obras foram produzidas em um contexto de *common law* que “não conhecem unidade sistemática semelhante à existente na tradição romano-germânica”⁵⁷⁶. O *Private law* não se confunde com o Direito Civil; (iii) o surgimento de um novo movimento surgido na universidade de Havard denominado “The New Private Law”⁵⁷⁷; (iv) ausência de rigor nos dados econômicos; (v) metodologia comum de associar a tese vilã à ideologia ou conjunto de valores “que não goza (ou deixou de gozar) do favor das simpatias públicas, a saber, o individualismo e o formalismo, em contraponto ao *welfare state* e seus efeitos na Economia e no Direito”⁵⁷⁸.

Este processo de intervenção estatal e de publicização do direito, principalmente na economia, começou a entrar em declínio a partir dos anos de 1980 com os governos de Ronald Regan nos EUA e da baronesa Thatcher no reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Esse período foi marcado pelas desestatizações e privatizações gerados pelos cofres públicos vazios, necessidade de modernizar o aparato administrativo, aumentar o espaço da iniciativa privada e restaurar as finanças públicas. A transferência das indústrias dos países capitalistas mais antigos para a China, a Índia e o Sudoeste Asiático associada à inversão da curva

⁵⁷⁴ GILMORE, Grant. *The death of contract*. Ohio: Ohio State University, 1974; HORWITZ, Morton J. *The transformation of American law, 1780-1860*. London: Harvard University Press, 1977; ATIYAH, Patrick. S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon, 1979.

⁵⁷⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 45.

⁵⁷⁶ Acrescenta o autor que: “Em *common law*, tem-se *Contracts, Obligations, Torts, Family Law*, mas não um ‘Direito Civil’ no sentido próprio que se emprega no Direito europeu continental e seus enxertos ao redor do mundo”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 45.

⁵⁷⁷ “Na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, há sinais de mudança quanto a essa visão atomística do Direito Privado, que deita suas raízes no final do século XIX, quando se fez a opção por um caminho propedêutico autônomo em relação aos modelos da Europa continental. É um movimento que se denominou ‘The New Private Law’ e cuja apresentação pública ocorreu em 2001, em um simpósio na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard. *The New Private Law* expressa um certo cansaço com a predominância do *Law and Economics* e dos *Critical Legal Studies* no discurso acadêmico jurídico norteamericano, e defende a retomada da autonomia epistemológica do Direito Privado, a partir de seus conceitos tradicionais (cf. HOSEMANN, Eike Götz. “The New Private Law”: Die neue amerikanische Privatrechtswissenschaft in historischer und vergleichender Perspektive. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, v. 78, p. 3770, 2014)”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 45.

⁵⁷⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 46.

demográfica e à 4ª revolução industrial, advinda com a internet e a digitalização da sociedade, foram outros fatores de contribuição.

O processo de publicização converteu-se em privatização do Direito. No Brasil, “as contratações privadas na administração pública aumentaram em número e em diversificação”⁵⁷⁹, uma vez que o “estado precisava lidar com elemento privatístico para realizar suas finalidades constitucionais”⁵⁸⁰. Até os serviços públicos típicos (saúde, educação e segurança pública) foram “delegados ou autorizados a iniciativa privada, para além da utilização das organizações sociais nesse novo modelo”⁵⁸¹.

Rodrigues Junior⁵⁸² apresenta uma lista de renomados autores que trataram do fenômeno de privatização do direito público no Brasil e no exterior como Norberto Bobbio⁵⁸³. Em 1980, Rubens Limongi França apresentou a ideia de que “o direito público se vai privatizando, por isso que, para atender a tal imperiosidade, teve de recorrer (porque nunca as possuiu) às técnicas do direito privado, milenarmente amadurecidas”⁵⁸⁴. Em 1983, Orlando Gomes também denunciava a *reprivatização* do Direito do Trabalho⁵⁸⁵.

Considerando que aqui não é espaço para uma resenha da obra do autor, vale mencionar, apenas à título de referência, que ele aborda as novas fronteiras para o direito privado nas relações familiares através do avanço da autodeterminação sobre a tutela estatal, no direito das sucessões através de uma simplificação e flexibilização dos procedimentos, no

⁵⁷⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 53.

⁵⁸⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 54.

⁵⁸¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 54.

⁵⁸² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

⁵⁸³ “Em texto fundamental, Norberto Bobbio (Estado, governo, sociedade: para uma Teoria Geral da Política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 17. reimpr. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 26) anota que: ‘De fato, o processo de publicização do privado é apenas uma das faces do processo de transformação das sociedades industriais mais avançadas. Ele é acompanhado e complicado por um processo inverso que pode chamar de privatização do público. Ao contrário do que havia proposto Hegel, segundo o qual o Estado como totalidade ética terminaria por se impor à fragmentação da sociedade civil, interpretada como ‘sistema da atomística’, as relações de tipo contratual, características do mundo das relações privadas, não foram realmente relegadas à esfera anterior das relações entre indivíduos e grupos menores, mas reemergiram à fase superior das relações politicamente relevantes’”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 54.

⁵⁸⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 55. Conferir também: FRANÇA, R. Limongi. Direito Privado. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 4, n. 11, p. 33-41, jan./mar. 1980.

⁵⁸⁵ GOMES, Orlando. Perspectivas atuais da CLT. In: GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 326.

Estatuto da Pessoa com deficiência e onde se verificaria uma maior autonomia, uma possível privatização do direito processual e do direito ambiental⁵⁸⁶.

Em suma, a primeira premissa estaria fundamentada na tese de Franz Bydlinski⁵⁸⁷, que define o direito privado como “direito da sociedade relativamente independente do Estado”⁵⁸⁸, em que os vínculos jurídicos e atividades humanas não reclamam atuação do Estado. Esse seria o cerne da divisão de fronteiras entre o Direito Privado e o Direito Público. Para Rodrigues Junior⁵⁸⁹, existe grande utilidade na referida separação, uma vez que “preserva importantes espaços de autodeterminação, justifica indiretamente a autonomia epistemológica do Direito Privado, tem fundamento histórico e permite a solução de casos da realidade prática com grande êxito”.

Na ótica do professor Rodrigues Junior⁵⁹⁰, as ideias contrárias à dicotomia que permeou o imaginário jurídico e político na Alemanha nazista e na Itália fascista de 1930-1945 penetraram na cultura jurídica romano-germânica e “até hoje se fazem presentes por meio de fórmulas que, se forem examinadas de perto, revelariam a imagem verdadeira no retrato de Dorian Gray”.

No final das contas, “o apelo permanente à Constituição, à unidade da ordem jurídica constitucionalizada e à recondução geral do Direito aos princípios constitucionais não tem forças para apagar as fronteiras do Direito Privado”⁵⁹¹. Para ele, a garantia constitucional dos direitos fundamentais é simples e precária diante do seu caráter vago e “cuja interpretação pode resvalar para ‘apreciações totalmente livres’ ou cercadas por um ‘positivismo dos valores’, ambos igualmente contraditórios e potencialmente perigosos para a liberdade intrínseca ao Direito Privado”⁵⁹².

⁵⁸⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 64-82.

⁵⁸⁷ BYDLINSKI, Franz. Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht. Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht- ÖZöR, v. 12, p. 423-460, 1962-1963.

⁵⁸⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 143.

⁵⁸⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 143.

⁵⁹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 144.

⁵⁹¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 144.

⁵⁹² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 144.

A segunda premissa seria a falta de competência do “Direito Privado (e de seus estudiosos) em compreender as transformações sociais e não oferecer mecanismos de adaptação aos novos tempos, por meio de novos institutos jurídico-privados”⁵⁹³.

A terceira seria a necessidade de tutelar as relações assimétricas entre as partes envolvidas em uma relação privada. Deste modo, não se pode relegá-las à “mão invisível” do mercado, sendo imperiosa a proteção dos vulneráveis através dos questionamentos judiciais e a definição das regras do jogo antes do seu início.

A quarta premissa seria o malefício de um Estado “excessivamente protetivo, que acostuma os homens com sua mão bondosa, quando, na verdade, os escraviza em uma gaiola de ouro”⁵⁹⁴.

Feitas estas considerações prévias, segue-se ao estudo em si do que não é e do que é a constitucionalização do Direito Civil de acordo com a doutrina de Rodrigues Junior enquanto representante da segunda escola.

3.2.3.2 O Que Não É Constitucionalização do Direito Civil

A partir da ótica da pré-exclusão conceitual, Rodrigues Junior alerta para o fato de que, se tudo é constitucionalização, nada terminará por sê-lo. Deste modo, ele tenta no seu livro demonstrar a inadequação de certas teorias através das técnicas da contra-argumentação e da comparação com outros textos que “definem idêntica qualidade ou característica associando-as a outros conceitos, institutos ou categorias”⁵⁹⁵. Ele deixa claro que sua intenção não é a de criticar os autores, mas trazer uma validade conceitual sobre o tema.

Em primeiro lugar, a constitucionalização do Direito Civil não seria a “sobreinterpretação” ou reinterpretação das normas ordinárias a partir da Constituição. A esse respeito, explica o autor nos seguintes termos:

Sobreinterpretação é um neologismo criado por Riccardo Guastini, aplicado ao texto constitucional, assim explicado por esse autor: “A sobreinterpretação permite extrair do texto constitucional normas idôneas para disciplinar

⁵⁹³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. p. 45.

⁵⁹⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. p. 45-46.

⁵⁹⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 172.

qualquer aspecto da vida social e política”. Desse modo, “quando a Constituição é sobreinterpretada não restam espaços vazios de – ou seja, ‘livres’ do – Direito Constitucional: toda decisão legislativa é pré-disciplinada (talvez também minuciosamente disciplinada) por uma ou outra norma constitucional. Não existem leis que possam escapar do controle de legitimidade constitucional”⁵⁹⁶.

Desde a República, o princípio da supremacia hierárquica da Constituição e a obrigatoriedade da adequação interpretativa nunca foram negados, pelo menos em nível doutrinário de autores como Lafayette Rodrigues Pereira, Carlos Maximiliano, Virgílio de Sá Pereira, Clóvis Beviláqua, Francisco Clementino de San Tiago Dantas, Waldemar Ferreira, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Caio Mario da Silva Pereira e Tito Fulgêncio ⁵⁹⁷.

Rodrigues Junior demonstra que o dualismo tão alardeado pela recente doutrina entre o retrógrado “Direito Civil Clássico ou Patrimonial” *versus* “Direito Civil Constitucional ou Existencial” não surgiu com a Constituição Federal de 1988⁵⁹⁸. A dita sobreinterpretação do Código Civil, portanto, seria um expediente ordinário no Brasil *há quase dois séculos* praticado pela doutrina, “antes mesmo do surgimento do conceito de ‘constitucionalização do Direito’”. Logo, seria imperioso excluir esta acepção sob pena de se levar adiante um “museu de grandes novidades”⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 173.

⁵⁹⁷ Complementa Rodrigues: “Um exemplo extraído de obra do século XIX, embora reeditada no Novecentos, está na distinção do desforço possessório, prerrogativa conferida ao possuidor, que é esbulhado da coisa, de ‘tomá-la por sua própria força e autoridade, contanto que o faça em ato seguido’”. Em nota de rodapé, na mesma página, Lafayette Rodrigues Pereira esclarece que esse conceito deriva das Ordenações (L. 4, T, 58, § 2), ressaltando que ele se aplica a todos os casos de desforço, “porquanto por incompatível com as teses fundamentais da nossa Constituição política, não prevalece mais a distinção que fazia a citada Ord. entre pessoas de pequena condição e fidalgos e cavaleiros para dar a estes maior espaço para o desforço”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 173.

⁵⁹⁸ “Uma conferência de Clóvis Beviláqua, proferida em janeiro de 1935, na Casa de Juvenal Galeno, logo após a vigência da Constituição de 1934, é muito útil à confirmação do postulado aqui defendido. Ao mencionar os efeitos da nova Constituição sobre o Direito Privado, Beviláqua declara que ‘(...) o Código Civil recebeu modificações ou confirmações directas, em lugar de repercussões logicas’. Os mais diversos campos do Direito Civil foram atingidos pela CF/1934, ao estilo da resenha de Beviláqua, sobre a qual se anotarão apenas alguns tópicos: a) a propriedade de empresas jornalísticas políticas ou noticiosas por estrangeiros foi vedada pela CF/1934, a despeito da orientação do CC/1916, de ‘sentido liberal’, porque não distinguia entre nacionais e estrangeiros para a aquisição e o gozo dos direitos civis. Para ele, ‘ainda que se não pronunciem conflitos, porque o Código Civil estará modificado, automaticamente, [...] a diferença de orientação é patente’; b) a CF/1934 alterou o regime da responsabilidade civil do Estado em contraste com o art. 15 do CC/1916: agora se estabelecerá a solidariedade entre o servidor causador do dano e a Fazenda Nacional; c) ‘o conceito de propriedade se apresentava no Código Civil sob um cunho algum tanto rígido, apesar da tentativa de o adaptar às exigências da vida social, que propusera o Projecto primitivo’. A CF/1934 ‘fixou a verdadeira doutrina social da propriedade’ ao adotar uma ‘formula feliz’, na medida em que conjuga elementos sociais e individuais”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 174.

⁵⁹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 177.

Em segundo lugar, a constitucionalização do Direito Civil não seria a elevação da dignidade da pessoa humana como seu elemento funcionalizante. O autor sustenta sua tese sob os seguintes fundamentos: (a) a antecedência da dignidade humana aos textos constitucionais tanto sob o viés cronológico quanto sob a perspectiva axiológica; (b) a presença ou ausência da dignidade humana expressamente contida em textos constitucionais não seria uma garantia nem tampouco um empecilho para sua utilização. A natureza própria e antecedente da dignidade humana não precisaria da constitucionalização, por isso aquela não poderia ser uma expressão, aspecto ou causa desta.

Como assevera Mary Ann Glendon “*it is a commonplace that long lists of rights are empty words in the absence of a legal and political order in which rights can be realized*”⁶⁰⁰. Este mesmo raciocínio se aplica à dignidade humana. Se na seara política não houver políticas públicas fundamentadas em indicadores cientificamente elaborados e um combate irrestrito à corrupção, de pouco ou quase nada servirá a referida dignidade como “fundamento da República”. Do mesmo modo na seara jurídica. É necessário que a realização da dignidade humana no Direito Civil trilhe um caminho rigoroso e elaborado cientificamente pela dogmática da teoria geral do direito, caso contrário, este conceito não passará, nos termos de João Batista Villela, de um “*tropo oratório que tende à flacidez absoluta*”⁶⁰¹.

Em terceiro lugar, a constitucionalização do Direito Civil não seria a colocação da Constituição no centro do ordenamento jurídico. A impossibilidade de se confundir constitucionalização do Direito Civil com primazia hierárquica constitucional residiria em quatro aspectos: (a) histórico, eis que a centralidade constitucional no ordenamento jurídico tem origem no século XIX e se consolida no Brasil a partir dos anos de 1920; (b) doutrinário, diante do reconhecimento dogmático do caráter normativo ordinário do Direito Civil e sua subordinação constitucional⁶⁰²; (c) prático, em decorrência do fato de a centralidade constitucional ter sido uma saída dada por Kelsen para resolução de problemas federativos e de

⁶⁰⁰ “É lugar comum que longas listas de direitos são palavras vazias na ausência de uma ordem legal ou política na qual os direitos se realizam”. GLENDON, Mary Ann. *The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights*. *Northwestern Journal of International Human Rights*, Illinois, vol. 2, issue 1, p. 1-19, Spring 2004. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol2/iss1/5>. Acesso em: 6 jan. 2020.

⁶⁰¹ Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 178.

⁶⁰² “Carlos Maximiliano, na primeira edição de seu livro sobre Hermenêutica Jurídica, de 1925, há quase cem anos, afirmava que a Constituição era uma lei que possuía ‘mais força do que as outras às quais sobreleva de caso de conflito’. Em 1929, agora sob as vestes do comentador da CF/1891, o mesmo Carlos Maximiliano pronunciava, a respeito do CC/1916, que ‘a lei ordinária não pode ficar em desacordo com a fundamental’. Essa assertiva era lançada no contexto da interpretação do art. 591, CC/1916, em face do art. 80, CF/1891”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 184.

conflito de fontes decorrentes da experiência austro-húngara, e não como centro normativo axiológico; (d) metodológico, haja vista se tratar de uma “afirmação óbvia e tão genérica que impede a formação de um modelo de constitucionalização nela baseado”⁶⁰³.

Em quarto lugar, a constitucionalização do Direito Civil não se confundiria com controle de constitucionalidade e de interpretação constitucional das normas. Neste tópico, Rodrigues Junior⁶⁰⁴ analisa a interpretação constitucional associada tanto à “constitucionalização do direito” quanto ao controle de constitucionalidade, apresentando duas acepções.

A primeira acepção diz respeito à constitucionalização do Direito a partir do controle de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial. Ao citar Luís Roberto Barroso, ele aduz que a constitucionalização seria originária da jurisdição constitucional, cuja função seria a de realizar a supremacia formal e axiológica da Constituição mediante as seguintes técnicas interpretativas: (a) revogação da legislação incompatível com a nova Constituição em vigor; (b) declaração de inconstitucionalidade; (c) declaração de inconstitucionalidade por omissão; (d) interpretação conforme a Constituição⁶⁰⁵.

A segunda acepção seria mais ampla, eis que envolveria uma releitura do Direito Privado à luz da Constituição, como ensina Perlingieri⁶⁰⁶, e uma maneira de interpretar o Direito Civil de acordo com a Constituição, nos termos de Lôbo, “quando esta for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais e for possível seu aproveitamento”⁶⁰⁷.

Realizado este corte, Rodrigues Junior⁶⁰⁸ assevera que nenhuma das duas acepções podem ser consideradas como constitucionalização do Direito Civil, sendo necessário evitar a confusão entre o que significa, de fato, *constitucionalização com os avanços da constitucionalização*.

⁶⁰³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 187.

⁶⁰⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

⁶⁰⁵ Conforme posto por Barroso: “[...] que pode significar: (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição”. Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 188.

⁶⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁶⁰⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 189.

⁶⁰⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

Em relação à primeira acepção, ele chama a atenção para o fato de que a constitucionalização do Direito Civil não se confundiria com as *técnicas interpretativas*, afora isso, a interpretação conforme não ignora o Direito Civil tampouco os métodos clássicos de interpretação. Outrossim, não seria possível considerar a segunda acepção em virtude de a interpretação do Código Civil em consonância com os valores constitucionais ser uma prática utilizada muito antes de 1988 tanto pela doutrina de Lourenço Trigo de Loureiro (1793-1870) e Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), quanto pelo Supremo Tribunal Federal, que já continha julgados (vigência da CF/1937 e CF 1946) no sentido de considerar imperioso o uso da propriedade, condicionando-a ao bem-estar social. Logo, *não se pode confundir constitucionalização do Direito com técnica de controle de validade das normas pelos critério hierárquico*.

Em quinto lugar, a constitucionalização do Direito Civil não se confundiria com o uso de cláusulas gerais e como “perturbação das prestações”⁶⁰⁹, sem relação direta com a constituição. A doutrina dos últimos 10 anos estaria utilizando como símbolos da constitucionalização do Direito Civil “figuras jurídicas, doutrinas ou institutos como a violação positiva do contrato, o adimplemento substancial, a quebra antecipada do contrato e o dever de mitigar os próprios danos”, assim como as cláusulas gerais como a “boa-fé objetiva (e suas figuras parcelares, como o *suppressio*, *surrectio*, *venire contra factum proprium* e o *tu quoque*) e os bons costumes, em sua aplicação específica às relações negociais”⁶¹⁰.

As duas causas possíveis dessa indevida associação seriam o abuso de linguagem e o desejo de tutelar a parte hipossuficiente ou vulnerável. Após larga fundamentação histórica, o autor sustenta que *a construção dessas figuras seria completamente desconexa de fundamento constitucional*. Na verdade, teriam fundamentos nos códigos do século XIX, a exemplo da boa-fé objetiva, jurisprudência alemã do século XX e jurisprudência inglesa do século XVIII.

O autor apresenta ainda outros exemplos relevantes, a saber: (a) as teorias da onerosidade excessiva, da imprevisão e da onerosidade excessiva isoladamente teriam seus

⁶⁰⁹ “Idêntica impropriedade é cometida quando se confundem com a constitucionalização do Direito Civil um grupo de institutos, categorias e figuras jurídicas criados ou reelaborados pela doutrina e pela jurisprudência alemãs do século XX, pela jurisprudência inglesa do século XVIII e pelo comparatismo da segunda metade do século XX, a exemplo da alteração das circunstâncias, da violação positiva do contrato, do adimplemento substancial e da quebra antecipada do contrato. Algumas dessas figuras jurídicas ou doutrinas são compreendidas em uma expressão alemã traduzível por ‘perturbação das prestações’, como a impossibilidade, a mora, a alteração da base do negócio, a violação positiva do contrato, a culpa in contrahendo e o contrato em proteção de terceiros”. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 196-197.

⁶¹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 193.

primeiros registros doutrinários em 1919 e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 1938; (b) a violação positiva do contrato teria origem em 1902 através do escrito de um advogado alemão, de ascendência judaica, Hermann Staub; (c) a quebra antecipada do contrato, chamada de *anticipatory breach of contract*, está em decisão da jurisprudência inglesa de 1853, no caso *Hochster vs. De La Tour*; (d) o inadimplemento substancial (*substancial performance*) teria surgido na jurisprudência inglesa no julgamento dos casos *Kingston v. Preston* [1773] e *Boone v. Eyre* [1777] e se fixado na doutrina brasileira através da doutrina de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva⁶¹¹ e aos julgados do ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁶¹².

Por fim, em sexto e último lugar, a constitucionalização do Direito Civil não se confundiria com a *interpretação progressista* ou com a socialização do Direito Civil. A interpretação social e progressista do Direito Civil tem sido fruto de uma combinação, muitas vezes afastada de um discurso racional, entre dignidade humana e constitucionalização do Direito Civil. Os valores sociais e as paixões coletivas não podem ser confundidos com constitucionalização do Direito Civil, especialmente no que se refere ao direito de propriedade e ao direito de família.

Em relação à propriedade, registre-se que a sua limitação social está presente em todas as constituições brasileiras, muito embora o princípio da função social da propriedade tenha sido positivado através de lei ordinária no regime militar de 1964 através do Estatuto da Terra (Lei no 4.504, de 30 de novembro de 1964) e mediante sua constitucionalização (art. 157) na CF/1967-1969.

Já no que se refere à família, este instituto não foi constitucionalizado em 1988, mas a partir de 1891, no tocante ao casamento civil. Na verdade, o “progressismo na interpretação do Direito de Família” não teve como causa a constitucionalização, mas sim as “transformações sociais profundas no modo como o povo brasileiro passou a lidar com as relações conjugais, a parentalidade, a filiação e as relações amorosas”. As reais mudanças ditas progressistas no direito de família começaram a ser enfrentadas pelo STF a partir dos anos de 1940 com a

⁶¹¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa fé no Direito brasileiro e português. In. AA.VV. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português: Jornada LusoBrasileira de Direito Civil** (1979, Porto Alegre). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 43-72, cit. p. 56. Referência obtida a partir de nota de rodapé extraída de RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 201.

⁶¹² STJ. REsp 76.362/MT, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917; STJ. REsp 113.710/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 25/02/1997, DJ 31/03/1997, p. 9640; STJ. REsp 272.739/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 01/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 299. Referências obtidas a partir de nota de rodapé extraída de RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 201.

consolidação da Súmula 380 aprovada em sessão plenária do dia 03 de abril de 1964, segundo a qual “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos”, caberia “sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Referida transformação teve forte influência histórica: “os anos 1960 foram marcados pela *contracultura* e pelo início da *crise dos valores morais de tradição cristã*”⁶¹³.

O autor, em contrapartida, registra que o progressismo interpretativo do direito de família tem sofrido atual resistência a partir de uma visão mais conservadora. Basta observar a nítida diferença existente entre o Projeto de Lei do Senado - PLS 612/2011 (Estatuto das Famílias) e o Projeto de Lei - PL 6.583/2013 (Estatuto da Família). Qual deles seria constitucional ou inconstitucional de acordo com a Suprema Corte? Pergunta interessante cuja possível resposta sob o ponto de vista prático dependerá de certos fatores: composição da Corte (progressista v. conservadores), pressões populares e sociais nas ruas e nas instituições, etc.

Por fim, o professor da Universidade de São Paulo chama a atenção para duas questões interessantes: de um lado, estaria o fato de que a Constituição chinesa não faz referência alguma à função social da propriedade, muito embora viva sob um regime político-econômico socialista, do outro lado, existem países (Canadá e Austrália) com altos índices de desenvolvimento humano cujas Constituições sequer fazem menção ao direito de propriedade como direito fundamental.

Em resumo, na ótica do referido escritor, constitucionalizar o Direito Civil não significaria socializá-lo ou interpretá-lo progressivamente.

3.2.3.3 O Que É Constitucionalização do Direito Civil?

O que seria constitucionalização do Direito Civil de acordo com o Rodrigues Junior⁶¹⁴. Inicialmente, ele aduz ser impossível negar a constitucionalização do Direito Civil em pleno século XXI, contudo, compreende a necessidade de caracterizar o que seria esta constitucionalização mediante o auxílio doutrinário de Gunnar Folke Schupperte e Christian

⁶¹³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 205-207.

⁶¹⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

Bumke⁶¹⁵, Louis Favoreu⁶¹⁶, Virgílio Afonso da Silva⁶¹⁷, Leonardo Martins⁶¹⁸ e Robert Alexy⁶¹⁹.

Em primeiro lugar, a constitucionalização seria a *elevação de normas ordinárias ao texto constitucional*. Essa forma de constitucionalização tem fundamento na expressão “constitucionalização-elevação” cunhada por Louis Favoreu. Na prática, ocorreria o *deslizamento para cima* de uma norma ordinária, como aconteceu de maneira inaugural no Direito de Família em relação à CF/1934.

Desse conceito é preciso extrair certas ponderações: (a) a expressão Direito Civil Constitucional não seriam as normas civilistas positivadas na Constituição, eis que estas normas não perdem sua natureza civil diante do fato de estarem em um local diferente, a Constituição; (b) a constitucionalização por elevação não significa necessariamente algo positivo diante da inexistência de correlação absoluta entre hierarquia normativa e hierarquia axiológica, pois “cada norma terá conteúdo axiológico diferenciado, mesmo que tenha sido incluída no texto constitucional”⁶²⁰; (c) a possibilidade de constitucionalização também abre espaço para a desconstitucionalização. Exemplos no Direito Civil estariam na desconstitucionalização do limite da taxa de juros de doze por cento ao ano (Emenda Constitucional - EC n. 40, de 29 de maio de 2003) e do instituto da separação judicial (EC n. 66, de 13 de julho de 2010).

Em segundo lugar, a constitucionalização realiza-se por reforma legislativa. Partindo da doutrina alemã de Gunnar Folke Schupperte e Christian Bumke, Rodrigues Junior defende que uma nova ordem constitucional constitucionaliza o direito quando novas normas são produzidas pelo Parlamento. Sobre esse ponto, vale transcrever trecho da obra para posterior análise crítica:

A constitucionalização por reforma legislativa tem as mesmas vantagens da constitucionalização por elevação: a) é objetivamente qualificável; b) não é

⁶¹⁵ SCHUPPERT, Gunnar Folke; BUMKE, Christian. *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts* (Forum Rechtswissenschaft). Auflage: 1. Deutsch. Nomos, 13. April 2000.

⁶¹⁶ FAVOREU, Louis. *La constitutionalisation du droit*. In: AUBY, JeanBernard et alii (Ed.). *L’unité du Droit: Mélanges en hommage à Roland Drago*. Paris: Economica, 1996; FAVOREU, Louis. *Les des tinataires des droits fondamentaux*. In: FAVOREU, Louis (Coord.). *Droit des libertés fondamentales*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 98-112 (especialmente p. 110-112); FAVOREU, Louis; LÖIC, Philip. *Le Conseil Constitutionnel (Que sais-je?)*. 7. ed. Paris: PUF, 2005; FAVOREU, Louis. *La légitimité du juge constitutionnel*. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 2, ano 46, p. 557-581, avr./juil. 1994.

⁶¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁶¹⁸ MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

⁶¹⁹ ALEXY, Robert. *Direito Constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, no 799, p. 33-51, mai. 2002.

⁶²⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 217.

trivial ou óbvia, a ponto de não precisar de um *locus* específico na dogmática; c) evita o efeito colateral dos discursos retóricos. Evidentemente que ela não se confunde com a (i) não recepção de normas ordinárias incompatíveis com a nova ordem constitucional. Muito menos é equiparável à (ii) interpretação de normas infraconstitucionais em conformidade com a Constituição. As hipóteses (i) e (ii), quando vistas de per si, estão compreendidas no quadro do que não é constitucionalização⁶²¹.

Ao tratar sobre o “papel dos tribunais constitucionais” na constitucionalização por irradiação do Direito Constitucional, o referido autor complementa e tenta esclarecer seu pensamento:

A constitucionalização por irradiação dá-se também por intermédio da ação dos tribunais constitucionais. E como se dá essa intervenção? Antes de responder à pergunta, uma precisão terminológica é indispensável: os tribunais agem por meio da jurisdição constitucional. O controle de constitucionalidade, em suas diferentes formas, é o meio por excelência dessa atuação, embora, no caso brasileiro, dada sua complexidade, isso não seja totalmente verdade. É possível, por meio de julgamento de recursos extraordinários ou de reclamações, encontrar efeitos de irradiação. Assim, estaria arruinada a tese do § 32, no sentido de que constitucionalização não se confunde com controle de constitucionalidade e com a interpretação constitucional das normas? Não. A tese ali apresentada volta-se contra o argumento trivial de que o controle de constitucionalidade (e a interpretação constitucional) seriam de per si meios efetivos de constitucionalização do Direito. Controlar a validade de normas ordinárias ou adaptar-lhes o sentido para a nova ordem constitucional são expedientes necessários em um Estado de Direito Democrático e nada têm de excepcional na normalidade institucional de democracias. Eventualmente, porém, os tribunais constitucionais utilizam-se desses mecanismos para dirigir impulsos de transformação à ordem jurídica. Nesses casos específicos é que a constitucionalização-irradiação se apropria de tais meios como simples veículos para seu propósito transformador. Não é possível confundir o conteúdo e o continente.⁶²² (grifos acrescentados)

O referido posicionamento *aparenta* ser contraditório – mas não é como se verá – em dois pontos. Primeiro, pois, se por um lado existe a defesa de que a formação de norma jurídica através da interpretação constitucional (ou da utilização de técnica de controle de constitucionalidade ou de validade como fator de correção interno da própria Constituição) do Poder Judiciário não é constitucionalização (hipótese 1), por outro, aduz-se que a formação da norma jurídica a partir da Constituição pelo Poder Legislativo é constitucionalização (hipótese

⁶²¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 225.

⁶²² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 233, grifos acrescentados no presente trabalho.

2). Em resumo, a formação da norma jurídica pelo Parlamento seria constitucionalização, ao passo que a formação de uma norma jurídica pelo Poder Judiciário nas condições estabelecidas no texto citado não seria constitucionalização. Ora, se tanto a hipótese 1 quanto a hipótese 2 são capazes de produzir normas jurídicas a partir da Constituição Federal, por que a primeira não é constitucionalização e a segunda o é?

A segunda aparente contradição seria: o controle de constitucionalidade e a interpretação constitucional seriam efeitos da constitucionalização (hipótese 3) ou instrumentos da constitucionalização por irradiação (hipótese 4)? Esta pergunta pode se esvaziar diante da possibilidade da coexistência de ambas as hipóteses (3 e 4).

Não existe contradição. O autor responde a estes questionamentos ao considerar que o controle de constitucionalidade e a interpretação constitucional não são tipos de constitucionalização pois apenas sevem como instrumento para a efetivação da constitucionalização por irradiação, conforme se verá.

A constitucionalização por reforma legislativa possui um ponto negativo em virtude da demora das reformas poder levar à judicialização das normas ordinárias incompatíveis com a Constituição, enfraquecendo, assim, a autonomia do Direito Civil, e, por outro lado, fortalecendo “o ímpeto intervencionista do Poder Judiciário, especialmente dos tribunais constitucionais”, o que pode “implicar uma supressão da margem de conformação normativa atribuída ao legislador ordinário pela própria Constituição”⁶²³.

Em relação à teoria do Direito, ao que parece, o professor Otavio Luiz Rodrigues Junior segue a coerência da tradição de *civil law* mediante uma linha dogmática do positivismo kelseniano, à exceção da defesa de Kelsen em relação à unidade metodológica do Direito (Público e Privado). Este positivismo, que não se confunde com o positivismo exegético⁶²⁴, é explicado tanto no seu mais recente livro *Direito Civil Contemporâneo* (em particular, no tópico intitulado *A distinção sistemática e o positivismo jurídico*) quanto no seu artigo intitulado

⁶²³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 225.

⁶²⁴ “‘Daí a pergunta: desde quando obedecer a uma lei nos seus mínimos detalhes é ‘ser um positivista’? Na verdade, confundem-se conceitos. Vejamos: positivismo é uma coisa distinta, porque separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda presente no imaginário dos juristas – em torno da *proibição de interpretar*, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas, que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um ‘fechamento semântico’ do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma ‘questão menor’ [...]’ (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*, p. 83)”. Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. p.¹⁸.

Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. No próprio resumo de seu artigo, consta expressamente que “o neoconstitucionalismo, a perda de dignidade da legislação e a expansão exagerada dos princípios são elementos que colocam em debate a autonomia e o estatuto epistemológico do Direito Civil”⁶²⁵.

Certos pontos desse artigo interessam neste momento para melhor análise da aparente contradição: (i) a eventual disputa de força entre a análise interna da norma pela metodologia Kelseniana e a análise externa da norma através de questões outras como justiça, legitimidade, bondade, moral, justiça social e eficiência econômica (*law and economics*); (ii) inadequação do transplante de elementos do Direito Público para o Direito Privado com as devidas ressalvas⁶²⁶; (iii) necessidade de discutir políticas públicas e questões morais nas esferas adequadas, tudo isso com o objetivo de evitar a perda da capacidade humana de “configuração responsável e autônoma da própria vida”⁶²⁷.

Em terceiro lugar, constitucionalizar o Direito Civil seria reconhecer a juridicização, ou juridificação como prefere Marcelo Neves, da Constituição, com as ressalvas presentes na teoria constitucional e na jurisprudência do STF. A ideia presente neste tópico reside na questão já discutida no que tange ao caráter jurídico, e não apenas político, da Constituição. As exceções levantadas pelo STF encontram-se no preâmbulo (destituído de força normativa⁶²⁸) e no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que estabelece um prazo de 5 anos para a conclusão do processo de demarcação das terras indígenas (norma programática)⁶²⁹. A utilidade desta terceira hipótese seria pequena para o Direito Civil diante dos poucos

⁶²⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. p. 13.

⁶²⁶ “Antes que se tente confundir as teses aqui defendidas com um “canto do cisne” do Direito Civil Oitocentista ou com um apelo no estilo de Juliano, o Apóstata, de retomada da religião pagã, é preciso registrar que não se desconhece a incompetência do Direito Privado (e de seus estudiosos) em compreender as transformações sociais e não oferecer mecanismos de adaptação aos novos tempos, por meio de novos institutos jurídico-privados. Foi essa miopia que permitiu o surgimento do Direito do Trabalho (com base nos contratos de locação de mão de obra), do Direito do Consumidor (sob a base contratual civilística) e das leis de locação predial urbana”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. p. 45.

⁶²⁷ Conforme posto por Konrad Hesse, em sua obra *Verfassungsrecht und Privatrecht*, p. 35. Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. p. 46.

⁶²⁸ STF. ADI 2076, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 15/08/2002, DJ 08082003, p. 86.

⁶²⁹ STF. RMS 26212, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. 03/05/2011, DJe 1852011.

preceitos constitucionais diretamente ligados ao tema. Além do mais, estes preceitos de Direito Civil tratados na constituição já possuiriam um “marco infralegal próprio”⁶³⁰.

Por outro lado, um fato negativo seria o de que a juridicização constitucional associada à interpretação constitucional (constitucionalismo de princípios) estaria produzindo *abusos interpretativos* no sentido de converter substancialmente “matérias eminentemente privadas em matérias constitucionais, como mero exercício de poder do Tribunal Constitucional de controle da jurisdição ordinária”⁶³¹.

Em quarto lugar, estaria a constitucionalização por transformação das instituições e dos direitos ou por irradiação do direito constitucional. Esta acepção seria a mais próxima do verdadeiro sentido de constitucionalização de acordo com a doutrina de Louis Favoreu e dos alemães Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke, na medida em que possui conexão com a atuação dos direitos fundamentais nas instituições e no ordenamento jurídico.

Os efeitos desta constitucionalização seriam três: modernização do ordenamento jurídico, unificação da ordem jurídica e sua simplificação. Estes efeitos teriam origem a partir do caso Lüth – ver seu estudo detalhado no quarto capítulo deste trabalho – que trouxe as seguintes contribuições à compreensão jurídica: primazia dos princípios e valores constitucionais sobre todo o ordenamento; Constituição compreendida como uma ordem objetiva de valores; vinculação dos entes públicos e privados aos direitos fundamentais.

Rodrigues Junior, na construção da sua tese, critica a capacidade de a constitucionalização gerar a unificação da ordem jurídica sob o argumento amparado na doutrina de José Horácio Meirelles Teixeira de que “normas de Direito Privado não podem interpretar-se do mesmo modo, isto é, com o mesmo espírito, segundo as mesmas regras, que normas de Direito Público”⁶³².

Já em relação à modernização, Rodrigues Junior enfraquece o poder transformador das Constituições brasileiras em relação ao Direito de Família, eis que elas foram apenas *veículos contingentes de transformação*. Ele argumenta sua posição através dos seguintes posicionamentos: (i) as mesmas mudanças no Direito de Família ocorreram em outros países

⁶³⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 227.

⁶³¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. p. 37.

⁶³² Cf. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 274; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 231.

(Alemanha, Portugal, Espanha e França) através da simples legislação ordinária; (ii) não foram as normas constitucionais que efetivaram as mudanças no direito de família, mas as pressões sociais e os novos valores surgidos e reconhecidos como legítimos por parcela da população⁶³³. Neste sentido, vale a transcrição de trecho de Neves⁶³⁴, segundo o qual:

Embora na acepção estritamente moderna a Constituição possa ser aprendida como uma ‘limitação jurídica ao governo’, ‘a antítese do regime arbitrário’, daí não decorre forçosamente que seja concebida como uma declaração de valores político-jurídicos preexistentes, inerentes à pessoa humana, ou como produto da evolução da consciência moral no sentido de uma moral pós-convencional ou universal.

Dando seguimento aos posicionamentos, (iii) mesmo tendo *status* constitucional, pouquíssimos avanços ocorreram nas condições do exercício de propriedade agrária; (iv) as modificações perpetradas pela nova-ordem jurídico-constitucional sobre o Direito Civil e o Direito privado relatadas pela doutrina civilista dos séculos XIX e XX não se deram por transformação ou irradiação dos direitos fundamentais, mas em respeito ao princípio hierárquico e do princípio da sucessão de normas no tempo.

Em resumo, a constitucionalização do Direito Civil dar-se-ia pela intervenção dos direitos fundamentais nas relações privadas, contudo, o grande problema estaria na intensidade e na forma como essa intervenção se daria. Nessa questão em particular, Rodrigues Junior⁶³⁵ considera que o controle de constitucionalidade e a interpretação constitucional apenas serviriam como instrumento para a efetivação da constitucionalização por irradiação. Um exemplo interessante proveniente do Tribunal Constitucional Federal – TCF alemão⁶³⁶.

⁶³³ Ou seja, pelo menos no que se refere ao Direito de Família, não é possível dizer que as constituições introduziram mudanças valorativas, pelo contrário, no Brasil, tanto o Parlamento quanto a Suprema Corte apenas têm acolhido e reconhecido estes novos valores considerados “modernos e progressistas”. Neste sentido: “Essa mudança de valores, hábitos e padrões morais conduziu a uma transformação das práticas, depois da jurisprudência e, finalmente, da Constituição, do CC/1916 e do CC/2002”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 205.

⁶³⁴ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica. 4. tiragem. 2018. p. 65.

⁶³⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

⁶³⁶ “A constitucionalização por reforma legislativa do direito de filiação na Alemanha ocorreu porque o TCF, em alguns julgamentos reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivos do BGB (§§ 1671, 1738 e 1596, v.g.) em face do art. 6º, apartados 2 e 5, LF/1949.790. Por efeito dessas diretrizes oriundas de julgados do TCF, o legislador alemão adotou medidas para reorientar o código civil ao texto constitucional. Nesse aspecto, deu-se um exemplo notório de constitucionalização-irradiação que gerou uma constitucionalização por reforma legislativa”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 233.

E neste processo de constitucionalização por irradiação teria o Supremo Tribunal Federal brasileiro a missão de não confundir sua função de tribunal contramajoritário com um microconstituente permanente.

Estas são as ponderações sobre o conceito de constitucionalização realizadas por Rodrigues Junior⁶³⁷, que considera uma “estratégia de combate” contra uma produção acadêmica baseada em um “conceito de guerrilha” que evita estabelecer as dimensões e os efeitos do que seria realmente o constitucionalismo, deste modo, “nunca se sabe onde está, o que é, suas dimensões e seus efeitos. Pode estar em todos os lugares e em lugar nenhum”.

3.2.3.4 O Papel e a Força Normativa da Constituição

Um dos referenciais teóricos de Rodrigues Junior⁶³⁸ é Konrad Hesse⁶³⁹ (membro do TCF alemão de 1975 a 1987), em especial através de seu ensaio intitulado *Direito constitucional e Direito privado*. Em poucas palavras, o jurista de Königsberg (terra natal de Kant) “é, antes de tudo, um defensor da autonomia epistemológica do direito privado, no qual obviamente se insere o Direito Civil”⁶⁴⁰.

⁶³⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 237.

⁶³⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

⁶³⁹ Sobre a importância da obra do autor no Brasil: “De 1º de janeiro de 1950 a 1º de janeiro de 2017, na base de dados do STF, aparecem 66 acórdãos que citam Konrad Hesse, o primeiro deles foi publicado em 25.9.1987. As obras referidas são: a) *A força normativa da Constituição*, no original alemão, e nas traduções em português e espanhol; b) *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, em alemão e na versão em português; c) em alemão, um capítulo de Hesse no manual de Direito Constitucional de Benda, Maihofer e Vogel, intitulado “*Importância dos direitos fundamentais*”; d) um capítulo intitulado *A interpretação constitucional*, traduzido para o espanhol. Dentre todas, *A força normativa da Constituição* sobressai-se como a mais citada. O repositório jurisprudencial do STF é falho porque não contém todas as decisões publicadas no DJU, mesmo as posteriores à CF/1988. Esses dados, portanto, não de ser tomados sem maior valor estatístico e sim como um indicativo da influência de Hesse na formação do pensamento dos juízes do tribunal. No STJ, a situação é diferente. A base de dados é completa e permite que se defina o universo pesquisado como total. De 1º de janeiro de 1989 a 1º de janeiro de 2017, pesquisando-se apenas os acórdãos, Konrad Hesse aparece em 28 entradas. As obras citadas de Hesse são as seguintes: a) *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, em sua versão em português; b) *Direito Constitucional e Direito Privado*, na tradução espanhola. Curiosamente, o livro *A força normativa da Constituição* é citado uma única vez pelo STJ, conquanto haja dezenas de invocações a termos extraídos desse livro, como “vontade constitucional” ou “força normativa da constituição”. A popularidade das ideias de Hesse, nesse contexto, é tamanha que parece ter havido um descolamento entre elas e o conteúdo de seus escritos. Algumas de suas ideias-força converteram-se em dados axiomáticos”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 316-317.

⁶⁴⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 326.

Hesse, segundo Rodrigues Junior⁶⁴¹, parte da ideia de que a Constituição “não se tornou o fundamento de todo o Direito”, restando ao Direito Privado a conservação de sua autonomia, “embora encontre na Constituição uma fonte de diretrizes e impulsos”. Deste modo, em geral, “os direitos fundamentais não podem vincular os particulares”, pois caberia “ao legislador do direito privado, em primeiro lugar, a tarefa de dar completude ao conteúdo jurídico dos direitos fundamentais” e aos tribunais não corrigir “as decisões e a ponderação do legislador a respeito dos direitos fundamentais, quando este atua como regulador dessa matéria”.

De acordo com o próprio Hesse⁶⁴²:

As veces el Derecho Constitucional puede asumir una función de guía, pionera, y conducir a una nueva configuración del Derecho, sea mediante modificaciones inmediatas, derogatorias, sea mediante un mandato obligatorio al legislador para que proceda a tales modificaciones, sea, al menos, mediante las ‘directrices e impulsos’ que contenga para la configuración del Derecho Privado. De otro lado, El Derecho Constitucional puede limitarse, y esto es la regla, a una función preservadora, de salvaguarda, con la cual protege el Derecho (Privado) existente frente a la suspensión y la modificación por parte del legislador. Ambas funciones pueden reconocerse en la trayectoria francesa al comienzo de nuestro período. Frente a ello, la evolución del Derecho Privado en Alemania ha guardado escasa relación en todo este tiempo con el Derecho Constitucional.

Em relação à unificação e à unidade da ordem jurídica, Rodrigues Junior diz que não é possível confundir os conceitos, haja vista a unificação apagar as linhas divisórias entre Direito Público e Direito Privado. Já a unidade significaria “a recondução a alicerces epistemológicos, normativos e axiológicos comuns”. Ademais, não seria correto afirmar que toda a ordem jurídica seria fundada na Constituição, uma vez que ela é plural e a “criação do direito não passa necessariamente pelo Estado e não precisa se amoldar às instituições jurídicas ou políticas a ele vinculadas ou dele derivadas”. Esta última afirmação não desmereceria o papel e o valor da Constituição, “que atua, quase sempre em última linha, como vigilante controladora dos excessos, dos abusos e das ilicitudes praticadas pelo Estado e pelos particulares”⁶⁴³.

⁶⁴¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 326.

⁶⁴² HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez. Editorial Civitas, S. A. Madrid: España, 1995. p. 35.

⁶⁴³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 348.

No final das contas, o caráter vinculante e subordinador da ideia de “ordem objetiva de valores” não poderia ter pretensões omnicompreensivas de todos os fenômenos, de todos os fatos e de todas as situações jurídicas, pois “sempre haverá espaços de nomogênese autônoma e independente dos confinamentos do Direito Público e da Constituição”⁶⁴⁴.

Pensamento diverso é o de Virgílio Afonso da Silva que acolhe a tese do constitucionalista francês Favoreu, segundo o qual dois são os principais efeitos da constitucionalização: a unificação e a simplificação da ordem jurídica. A primeira se daria em duas frentes: (i) as normas constitucionais tornam-se progressivamente o fundamento comum dos diversos ramos do direito, o que geraria a “perda de importância dos chamados princípios gerais do Direito em favor das normas constitucionais”; (b) a relativização da distinção entre o direito público e o direito privado. Já a segunda se daria pela recolocação da “constituição como inegável norma de referência do ordenamento jurídico”⁶⁴⁵.

3.3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

Este terceiro capítulo abordou a dignidade humana em seus aspectos filosóficos e jurídicos, bem como a relação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional. Esta última é indispensável para os fins propostos neste trabalho, uma vez que trata em específico daquele ramo do Direito no contexto neoconstitucional com o objetivo de proceder à realização da dignidade humana na qualidade de princípio constitucional.

As duas escolas mencionadas e analisadas acima fundamentam-se em distintas concepções de Constituição, daí a diversidade de pensamentos acerca da relação entre Direito Civil e Direito Constitucional. Além do mais, ambas partem de pressupostos teóricos, metodológicos e epistemológicos diferentes. Enquanto a primeira escola, amparada em Perlingieri e seus seguidores no Brasil, adota o conceito de Constituição-fundamento, compreendendo a necessidade da releitura do Direito Civil à luz do Direito Constitucional e dos seus valores ali positivados com o objetivo de assegurar a justiça social e a erradicação da pobreza, a segunda escola parece adotar em regra o conceito de Constituição-moldura e parte da ideia de um estatuto epistemológico e metodológico autônomo do Direito Civil que realizaria

⁶⁴⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 348.

⁶⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 48-49.

os direitos fundamentais através da sua própria linguagem, conforme se verá no próximo capítulo do presente trabalho.

Como se vê, não é possível afirmar categoricamente qual escola é a correta, pois ambas são bem fundamentadas em sólidos e consistentes argumentos. O tema da supremacia formal e material da Constituição é encarado com especial importância pela Suprema Corte brasileira segundo a qual “ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República”. Para o STF, a intervenção do Poder Judiciário para “assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República”, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica dos demais poderes⁶⁴⁶.

As duas escolas visam conferir a realização da dignidade humana no Direito Civil e não negam o efeito dos direitos fundamentais sobre esta disciplina. Talvez a grande pergunta a se fazer é: qual das escolas apontaria para um caminho mais seguro e com critérios mais objetivos para a realização da dignidade humana no Direito Civil?

Sem embargo dos excelentes argumentos manifestados, o posicionamento adotado no presente trabalho procura mesclar as ideias das duas escolas, fornecendo o seguinte modelo:

- a) Adotando a concepção de Constituição-fundamento, uma vez que não há como atribuir o caráter de princípio formal e modelador à dignidade humana, negando-lhe sua essência material. Não se pode negar a importância da dignidade humana enquanto valor reconhecido no ordenamento jurídico internacional a partir da Declaração Universal de 1948 e enquanto importante princípio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, os exageros hermenêuticos, o excesso e o descontrole do subjetivismo manifestado em decisões judiciais, bem como a banalização da dignidade humana, reclamam uma atenção específica dos civilistas. Isto é, reclama o estabelecimento de filtros capazes de conferir um caminho seguro para o aplicador e o intérprete. É preciso

⁶⁴⁶ STF - MS: 24831 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/06/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-08-2006 PP-00026 EMENT VOL-02240-02 PP-00231; STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165); STF - RE: 364304 RJ, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 03/10/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 06-11-2006 PP-00045 EMENT VOL-02254-04 PP-00818 RTJ VOL-00203-03 PP-01235.

proteger o princípio constitucional da dignidade humana dos excessos que lhes são atribuídos, e para isso é fundamental o estabelecimento de filtros para a sua irradiação através dos direitos fundamentais no Direito Civil;

- b) Mantendo e acentuando cada vez mais a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado, em especial o Direito Civil, pelos fundamentos já manifestados pela segunda escola. Ainda que eventualmente o Direito Público adote postulados do Direito Privado e vice-versa, trata-se de duas esferas de conhecimento distintas. Com isso, não se defende um sistema jurídico dividido, pelo contrário, a unidade e coerência residiria exatamente na pluralidade epistemológica e metodológica de cada ramo do Direito cujo objetivo central seria a realização da dignidade humana. Trata-se da unidade e coerência na diversidade. A união do Direito Público e do Direito Privado não realiza com mais intensidade a dignidade humana no Direito Civil. Isso não faz sentido. Na verdade, o que está em jogo não é a necessidade de se acabar ou mitigar com a “grande dicotomia”, mas tornar a dignidade humana o fundamento primeiro e a finalidade última tanto do Direito Público – com suas categorias próprias – quanto do Direito Privado – com seus postulados metodológicos e epistemológicos. É isso o que importa. Esse deve ser o núcleo central. A medicina não deixou de salvar vidas em virtude do aprofundamento colossal de suas disciplinas e especialidades. Pelo contrário, quanto mais específicas e autônomas as especialidades médicas, maior a probabilidade de salvar uma vida.

4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Conforme já dito, o principal objetivo dessa obra é tentar conferir um maior grau de objetividade e clareza à realização da dignidade humana no Direito Civil brasileiro. Para isso, apresentou-se no primeiro momento um espaço de atuação do Direito Civil mediante um modelo neoconstitucional teórico. Este modelo produz um corte quantitativo e qualitativo no ingresso do *valor* da dignidade humana no mundo jurídico. Quantitativo porque passa interessar ao Direito apenas aqueles valores reconhecidos pelos sistemas jurídicos e qualitativo porque o sentido jurídico pode ser igual ou não ao sentido filosófico original.

Considerando o caráter intermediário do terceiro capítulo, procedeu-se o estudo de dois temas essenciais: (i) através de um corte quantitativo, verificou-se que o ordenamento jurídico nacional reconheceu a nível constitucional o valor dignidade humana como Fundamento da República; mediante um corte qualitativo, procedeu-se a análise da dignidade

humana tanto no sentido filosófico quanto no sentido jurídico; (ii) efetuou-se um estudo relacionando o Direito Civil e o Direito Constitucional através de duas correntes de pensamento capitaneadas de um lado por Perlingieri e seus seguidores no Brasil (Tepedino, Fachin, Bodin e Lobão) e do outro lado por Otavio Luiz Rodrigues Junior com auxílio de Konrad Hesse. Ao final desta exposição, foi apresentado o modelo adotado pela referida obra.

Neste último capítulo será testada a hipótese de como se proceder a realização da dignidade humana no Direito Civil mediante as duas teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Para isso, será percorrido o seguinte trajeto de estudo: (i) breves considerações à Teoria dos direitos fundamentais; (ii) SE existe vinculação dos particulares a direitos fundamentais; (iii) a relação entre os direitos fundamentais e autonomia privada; (iv) teste da hipótese de como se proceder a realização da dignidade humana no Direito Civil mediante as duas teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares conforme proposta oferecida pelo Prof. Otavio Luiz Rodrigues Junior.

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES À TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, é preciso deixar claro que, inobstante certas ressalvas devidamente fundamentadas, este trabalho adota como sistema de referência teórica a tese de que os direitos fundamentais têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização conforme doutrina de Robert Alexy⁶⁴⁷ desenvolvida na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, com o posfácio de 2002⁶⁴⁸ e tradução do professor Virgílio Afonso da Silva. Nesta linha de pensamento, a dignidade humana deve ser considerada como um princípio material, em contraste aos princípios formais, cujo “objeto de otimização são as decisões jurídicas, independentemente de seus conteúdos”⁶⁴⁹.

4.1.1 Conceito, Finalidade, Funções, Particularidades e Dimensões

⁶⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

⁶⁴⁸ ALEXY, Robert. Posfácio. In: _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 575-627.

⁶⁴⁹ ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 10.

Para Carl Schmitt, os direitos fundamentais seriam “apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição”. Essa definição é caracterizada pela “vinculação de critérios substanciais e estruturais”⁶⁵⁰.

Alexy⁶⁵¹, por sua vez, elabora um conceito de norma de direito fundamental através de três níveis: (i) o primeiro seria com base em enunciados normativos estatuídos por uma determinada autoridade, o legislador constituinte⁶⁵²; (ii) o segundo nível seria aquele das normas de direitos fundamentais atribuídas⁶⁵³; (iii) e o terceiro nível seria o da definição baseada no conceito de fundamentação correta generalizada, que “passa a valer tanto para as normas estabelecidas diretamente quanto para as normas atribuídas”⁶⁵⁴.

Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁶⁵⁵, os direitos fundamentais⁶⁵⁶ são “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais” que possuem “caráter normativo supremo dentro do Estado” e tem como objetivo e finalidade “limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”⁶⁵⁷. Como, então,

⁶⁵⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 66.

⁶⁵¹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 68.

⁶⁵² “[...] disposições de direitos fundamentais são aquelas contidas nas disposições dos arts. 1º a 19 da Constituição alemã, bem como as disposições garantidoras de direitos individuais dos arts. 20, parágrafo quarto, 33, 38, 61, 103 e 104 da Constituição alemã. Normas de direitos fundamentais são as normas diretamente expressas por essas disposições”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 68-69.

⁶⁵³ “O conceito de norma de direito fundamental atribuída é vinculado à correção da atribuição a disposições dotadas de autoridade. A necessária liberdade no âmbito da atribuição é levada em consideração por meio do conceito de asserção sobre normas de direitos fundamentais. Qualquer um pode, a respeito de qualquer norma, asseverar que ela deve ser atribuída a disposições de direitos fundamentais. Mas essa sessão tem como objeto uma norma de direito fundamental somente se ela for correta, o que só ocorre se, para tal atribuição, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 76-77.

⁶⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 77. O autor adverte que “Isso demonstra que a generalização da definição baseada em uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais não elimina, de forma nenhuma, a diferença entre normas de direitos fundamentais estabelecidas direta e indiretamente”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 76.

⁶⁵⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 52.

⁶⁵⁶ “a locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada estado. São direitos que virgem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo – pois são assegurados na medida em que cada estado os consagra”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. 2. tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 125.

⁶⁵⁷ Os autores esclarecem ainda que “a definição adotada no presente trabalho apresenta alguns pontos problemáticos. Inicialmente, a referência a direitos de ‘indivíduos’ indica aquilo que ocorre com a maioria dos direitos fundamentais. Mas, como se verá, há casos de direitos de cunho autenticamente coletivo cuja titularidade não é claramente definida. Outra discussão não contemplada na definição refere-se aos direitos das gerações

identificar um direito fundamental para os referidos autores? Para eles, a fundamentalidade de um direito apenas seria garantida através das normas que possuem a força jurídica constitucional e não a partir do seu conteúdo⁶⁵⁸. Do mesmo modo, não se pode considerar apenas os direitos fundamentais como aqueles protegidos por cláusulas pétreas⁶⁵⁹.

Sob outra perspectiva e amparado na doutrina de Konrad Hesse, Ingo Sarlet⁶⁶⁰ defende a ideia de um sistema de direitos fundamentais aberto e flexível. De acordo com o professor gaúcho, o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, da CF⁶⁶¹) apontaria para a existência de direitos fundamentais positivados em outros lugares do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, assim como para “previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição”.

Sarlet⁶⁶² contrapõe a teoria de Konrad Hesse àquela elaborada por Günter Dürig, segundo a qual o sistema de direitos fundamentais alemão seria isento de lacunas, isto é, um sistema lógico-dedutivo (autônomo, fechado e autossuficiente), baseado no princípio fundamental da dignidade humana. O referido pensamento baseia-se na prevenção geral de respeito e proteção da dignidade da pessoa humana, concretizada nos diversos direitos fundamentais específicos devidamente disciplinados no texto constitucional.

A posição mais coerente parece aquela defendida por Konrad Hesse e Sarlet, até porque o texto constitucional (art. 5º, § 2º, da CF) não deixa dúvidas a respeito. Esse dispositivo, inclusive, reconhece expressamente normas de direitos fundamentais (“direitos e garantias”) não positivados na Constituição. O objetivo deste dispositivo constitucional, portanto, é garantir

futuras, dos animais e da natureza. Também há controvérsias sobre a extensão do vínculo criado pelos direitos fundamentais. O sujeito passivo é somente o Estado ou são também os particulares? [...] A definição dos direitos fundamentais com referência exclusiva a normas constitucionais, como é feita aqui, não é aceita por todos os doutrinadores. Há autores (Alexy) que sustentam que os princípios da moral e da razoabilidade determinam em larga medida a existência e o exercício dos direitos fundamentais”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 57.

⁶⁵⁸ “por mais relevante e ‘fundamental’ que seja o conteúdo desses direitos, eles podem ser modificados sem respeitar os ritos decorrentes da rigidez constitucional. Por isso, os direitos fundamentais devem ser definidos com base em sua força formal decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 53.

⁶⁵⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 53-54.

⁶⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed., revista e atualizada. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018. p. 72.

⁶⁶¹ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁶⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed., revista e atualizada. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018. p. 71-73.

máxima proteção à dignidade humana. Desta forma, seria correto afirmar que os direitos fundamentais não são apenas definidos e veiculados por normas constitucionais⁶⁶³.

Entretanto, é preciso que não se esqueça de que estes “direitos e garantias” precisam ser estudados e analisados à luz do neoconstitucionalismo teórico. Do mesmo modo, é necessário verificar suas características acerca da validade, vigência, eficácia jurídica, eficácia social, aplicabilidade e hermenêutica.

No que tange à finalidade, compete aos direitos fundamentais conceder um posicionamento jurídico de direito subjetivo aos indivíduos, “em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado”. Para o constitucionalista alemão *Georg Jellinek*, “cada direito fundamental constitui um direito público subjetivo”⁶⁶⁴.

Apesar de posicionamento diverso⁶⁶⁵, adotar-se-á a classificação tripartida de *Jellinek*, assim como fizeram Dimoulis e Martins⁶⁶⁶, segundo os quais os direitos fundamentais possuem as seguintes funções: (i) direitos de *status negativus* ou pretensão de resistência à intervenção estatal. Neste caso, o indivíduo pode resistir à interferência estatal através dos instrumentos jurídicos disponíveis. Esses direitos garantem a proteção da liberdade dos indivíduos em face do Estado, limitando, assim, a sua atuação; (ii) direitos de *status positivus* ou sociais ou a prestações. Esses direitos garantem que os indivíduos exijam do Estado uma atuação no sentido de garantir a eles os “pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus*”; e (iii) direitos de *status activus* ou políticos ou de participação. Neste caso, existe uma categoria de direitos que permite ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente na determinação da política estatal.

No que se refere às particularidades dos direitos fundamentais, Dimoulis e Martins⁶⁶⁷ apresentam três: a primeira delas seria a sua abstração e generalidade caracterizadas por uma

⁶⁶³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 125.

⁶⁶⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 61.

⁶⁶⁵ “Os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, de igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional)”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 268.

⁶⁶⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 61-82.

⁶⁶⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

baixa densidade normativa, o que torna penoso decidir quem estaria com a razão constitucional em conflito⁶⁶⁸. Acerca do tema referente ao direito à vida, o Código Civil brasileiro manifestou-se em seu art. 2º nos seguintes termos: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Sem embargo das teorias que abordam a temática⁶⁶⁹, em especial a condição jurídica do nascituro, vale ressaltar o magistério de Adriano Godinho⁶⁷⁰.

A segunda característica estaria na relação entre direito constitucional e infraconstitucional, especialmente porque os direitos fundamentais necessitam da intervenção do legislador infraconstitucional para se concretizar. A intervenção legislativa também serviria como solução para as colisões entre direitos fundamentais. O fato é que “as normas infraconstitucionais estão sempre submetidas ao controle de constitucionalidade, mas, ao mesmo tempo, as normas constitucionais dificultam tal controle por serem vagas”. Na prática, esta circunstância termina por gerar “um círculo vicioso que impossibilita [...] o controle de parte das normas concretizadoras”⁶⁷¹.

A terceira e última peculiaridade seria a grande tensão entre direito, economia e política, uma vez que a aplicação dos direitos fundamentais passa necessariamente pelo crivo e análise dos grandes interesses políticos e econômicos do país. Como encontrar uma solução

⁶⁶⁸ “Como interpretar uma norma que determina somente ser garantido o “direito à vida”, sem explicar o que é vida, seu começo e fim, e o que significa respeitar o direito fundamental à vida? A tutela desse direito resume-se ao imperativo não matará? Ou garante também certas condições de bem-estar individual? Essa peculiar característica das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais indica a particular importância da doutrina e da jurisprudência na elaboração de critérios concretos e na proposta de soluções que a Constituição não oferece de modo imediato”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 58.

⁶⁶⁹ “Deve-se examinar, em primeiro lugar, a possibilidade de titularidade e exercício de direitos antes do nascimento. Trata-se da capacidade jurídica do nascituro e, sobretudo, do seu direito à vida, problema tratado na parte especial dogmática dos direitos fundamentais. Sem adentrar na controvérsia, nota-se somente que Constituição Federal não reconhece nem exclui tal titularidade (em sentido contrário a Araújo Nunes Jr). Esse silêncio normativo significa, em princípio, que deixou a critério do legislador ordinário a competência de decidir se e em qual medida o nascituro terá direitos fundamentais e como ocorrerá o seu exercício”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 107.

⁶⁷⁰ “Todo o vasto rol de direitos da personalidade deriva de um bem jurídico que lhes serve como condição: a vida, “a maior das faculdades humanas, sem a qual todas as outras não são”. A vida é o suporte e condição necessária que permite a cada indivíduo exercer suas faculdades pessoais, seu desenvolvimento existencial, aspirações e metas, enfim, seu destino individual e social. A vida é, pois, a mais elementar de todas as bases que sustentam a pessoa humana. Desde a concepção, assegura-se ao nascituro o direito à vida, a acompanhar todo e qualquer indivíduo durante a sua existência. Este direito à vida implica, já para aquele que está a se desenvolver no ventre materno, o direito a nascer com vida, de ser inserido no mundo, e se completa quando conjugado com o direito de viver, isto é, o direito de permanecer vivo, de gozar plenamente a vida. Este direito de viver confere à pessoa, mesmo quando incapaz ou enferma, o direito de ser tratada, de retomar a vida, e de ser integrada e reintegrada plenamente no seio familiar, profissional e social”. GODINHO, Adriano Marteleto. **Eutanásia, ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade: o sentido de viver e morrer com dignidade**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 26.

⁶⁷¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 59.

correta do ponto de vista jurídico-dogmático para casos complexos envolvendo política e economia? Muito embora essa dificuldade se encontre geralmente na interpretação jurídica, ela se intensifica no caso de colisão de direitos fundamentais em que “os indivíduos e os grupos com interesses contrários tentam fundamentar seus interesses na Constituição, procurando nela uma legitimação especial, na medida em que os apresentam como constitucionalmente tutelados”⁶⁷².

Por fim, é preciso ressaltar a teoria da *dupla dimensão* dos direitos fundamentais (subjéctiva e objectiva). A *dimensão subjéctiva* tem correspondência ao *status negativus*, que, por sua vez, é baseado na teoria liberal dos direitos fundamentais, “a qual concebe os direitos fundamentais do indivíduo de resistir à intervenção estatal em seus direitos”⁶⁷³.

A *dimensão objectiva* tem por finalidade proporcionar parâmetros de controle da acção estatal que devem ser aplicados “independentemente de possíveis intervenções e violações de direitos fundamentais de determinada pessoa e da consequente reclamação por seu titular”⁶⁷⁴. Ela teria quatro aspectos. O primeiro deles seria o de que os direitos fundamentais apresentam o carácter de *normas de competência negativa*. Aqui reside a importância do exercício do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade das normas.

O segundo aspecto reside no *critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional* ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais. No Brasil, recebeu nome de “interpretação conforme a Constituição”. Esta característica permite com que as autoridades estatais interpretem e apliquem todo o direito infraconstitucional consoante os direitos fundamentais. Mencionada forma de interpretação deve ocorrer de forma objectiva, ou seja, *ex officio*, sem que para isso seja necessária uma provocação do titular do direito. Nesta hipótese, não podem os poderes públicos, especialmente o Poder Judiciário, ignorarem esse princípio, sob pena de violação à Constituição⁶⁷⁵.

⁶⁷² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 59.

⁶⁷³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 138.

⁶⁷⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 139.

⁶⁷⁵ “A [sic] entre nós famigerada e, na jurisprudência do STF, hipertrofiada “interpretação conforme a Constituição” (que se transformou em modalidade legalmente prevista – art. 27 c.c art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99 – de dispositivo ou espécie de ‘modulação de efeitos da inconstitucionalidade’) já foi alvo de severas críticas na Alemanha, onde a modalidade de dispositivo representa incremento exagerado do ativismo judicial em detrimento da função legislativa (‘efeito de estorpecimento do processo legislativo’, relativização do princípio constitucional democrático’). A pretexto de se respeitar a vontade legislativa, pode se determinar uma interpretação da Corte como espécie de quase ato normativo (melhor seria em tais casos declarar a norma nula, dando a oportunidade para nova legislação pela instância originalmente competente). Encontra posição a isso, a interpretação orientada pelos direitos fundamentais não tem contraindicação dogmática. Ela responde de maneira

Se essa irradiação ocorre de maneira vinculante ao direito privado, como isso ocorre e qual a extensão desses efeitos serão objetos de estudo nos próximos tópicos.

O terceiro aspecto reside na possibilidade de restrição dos direitos fundamentais com o objetivo de proteger os direitos fundamentais. Autores, a exemplo de Hillgruber, consideram como um direito fundamental de “proteção contra si próprio”⁶⁷⁶.

Já o quarto e último desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais reside no *dever estatal de tutela* dos direitos fundamentais. A ideia central aqui é a de *proteção*, de modo que competiria “às autoridades estatais forçar o respeito aos direitos fundamentais, impondo a omissão de certas condutas a particulares e havendo previsões legislativas nesse sentido”⁶⁷⁷. Esta característica objetiva dos direitos fundamentais tem na *prevenção* o seu elemento central, diferenciando-a, portanto, da teoria do efeito horizontal, conforme se verá mais adiante.

4.1.2 Fugindo de uma Sinonímia Jurídica: validade, vigência, eficácia jurídica, eficácia social e aplicabilidade da norma jurídica

Não se pode confundir através de uma sinonímia jurídica termos como validade, vigência, eficácia jurídica, eficácia social e aplicabilidade da norma jurídica⁶⁷⁸. Como ensina José Afonso da Silva⁶⁷⁹, “o problema da linguagem constitui o grande drama da metodologia

satisfatória a questão do vínculo específico do poder judiciário aos direitos fundamentais, vínculo esse implícito no art. 5º, § 1º da Constituição Federal (‘aplicabilidade imediata’). DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 141).

⁶⁷⁶ “Esse significado da dimensão objetiva carece de justificativa, pois, dessa forma, o estado assume uma postura paternalista, que alega conhecer o interesse do indivíduo melhor do que ele mesmo. Limitações de direitos fundamentais são medidas onerosas que somente pode ocorrer no âmbito dos conflitos entre direitos fundamentais, mas nunca sob o pretexto de tutelar o titular do direito”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 141-142.

⁶⁷⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 59.

⁶⁷⁸ “Carlos Cossio bem acentua as discrepâncias doutrinárias quando diz que, para aludir a existência do Direito, os juristas recorrem a diversas palavras, como positividade, vigência, eficácia, observância, facticidade e efetividade do direito. A teoria egológica do Direito, do mesmo Cossio, resolve a dificuldade fazendo desaparecer o problema, no que tange a existência do Direito; fala unicamente da validade e da vigência do direito, ‘reconhecendo que positividade, vigência, eficácia, observância, facticidade e efetividade do direito são, todos, termos existenciais que aludem a mesma coisa e que se podem usar como vocábulos sinônimos’. Eliminar o problema por essa forma não nos parece, em absoluto, resolvê-los, pois, se é verdade que a positividade não se pode desligar da vigência e da eficácia, tais termos têm conotações próprias e não se confundem numa sinonímia jurídica”. SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 63.

⁶⁷⁹ SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 117-118.

jurídica”, logo a “busca do termo próprio, a especificação do sentido em que uma palavra está sendo empregada, são tarefas que se colocam como preliminares”.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶⁸⁰, a validade é uma qualidade da norma que tem relação com a sua integração ao ordenamento jurídico através da obediência às condições formais e materiais da sua produção. A vigência tem relação ao tempo de validade, isto é, a partir da publicação, a norma passa a ter força vinculante (vigor) e perdura até o momento em que é revogada. Já a eficácia seria a capacidade de produção “concreta de efeitos” seja porque (i) “estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância (espontânea ou imposta); ou para (ii) a “satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social); ou porque (iii) “estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica)”.

Em relação à eficácia, Virgílio Afonso da Silva destoa daqueles que equiparam a eficácia com a aplicabilidade, como o fazem José Afonso da Silva⁶⁸¹, Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁸², Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Wilson Steinmetz. Primeiro, ele argumenta que não se pode confundir “a aptidão para produzir efeitos com os próprios efeitos, especialmente com a forma como esses efeitos se irradiam e em que tipo de relação isso ocorre”⁶⁸³ e, segundo, que nem toda norma apta a produzir efeito é aplicável, pois essa aplicação exige “um complemento: aplicar a quê, a que tipo de relação, a que casos?”. Em resumo, “decidir sobre aplicabilidade é decidir sobre uma conexão entre fatos e normas” e a análise fática não está englobada no conceito de eficácia. Em outras palavras, para Virgílio Afonso da Silva a aplicação da norma

⁶⁸⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução Ao Estudo Do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 10 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 163-164.

⁶⁸¹ “Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela com potencialidade; esta com realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma a que ser capaz de produzir efeitos jurídicos”. SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 60.

⁶⁸² “[...] optamos por aderir – no que convergem tanto José Afonso da Silva e Virgílio Afonso da Silva, quanto à doutrina majoritária – a distinção entre eficácia e aplicabilidade, embora o façamos de um modo mais afinado com a justificação e sentido habitual, portanto, privilegiando, nesse particular, a linha argumentativa de José Afonso da Silva. [...] Mais próximos, talvez, de José Afonso da Silva, consideramos que uma norma eficaz é sempre aplicável, mas poderá não ser aplicada, portanto, poderá não alcançar eficácia social ou efetividade, o que já nos remete a outra distinção cada vez mais polemizada”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 246.

⁶⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 55.

conecta-se necessariamente com os fatos de um caso concreto. Logo, a aplicação imediata de uma norma não significa que ela seja aplicável a todas as relações jurídicas⁶⁸⁴.

Sarlet⁶⁸⁵ aponta para uma contradição no pensamento de Virgílio Afonso da Silva quando este mesmo autor, seguindo as lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “observa que não há como sufragar um conceito estritamente jurídico de eficácia, visto que a produção de efeitos de uma norma depende sempre de outras variáveis”. Ora, se a aplicabilidade é um “conceito que envolve uma dimensão fática”, de duas uma: (i) ou a noção de eficácia é estritamente jurídica; (ii) ou, “em não o sendo, as variáveis das quais depende não incluem uma dimensão fática”.

Para efeitos deste estudo, será adotado o conceito de Sarlet⁶⁸⁶, que parte da premissa de que “eficácia e aplicabilidade são noções conexas, como (em simplificada comparação) as duas faces de uma mesma moeda, não sendo possível falar de norma eficaz e destituída de aplicabilidade”. Em outras palavras, a referência à eficácia jurídica abrange “a noção de aplicabilidade que é inerente e dela não pode ser dissociada, ainda que não exista uma identidade entre ambas as noções”. Em síntese, a eficácia jurídica deve ser compreendida como:

[a] possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação⁶⁸⁷.

Por fim, vale o registro de que a Meirelles Teixeira, sob a égide da Constituição de 1946, deve-se “a primeira incursão profunda e crítica sobre o tema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais”. Na verdade, ele propôs uma “revisão da doutrina clássica de inspiração norte-americana com base em concepções desenvolvidas por juristas germânicos da época de Weimar e de autores italianos do porte de um Crisafulli e outros”⁶⁸⁸.

⁶⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 56.

⁶⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 247.

⁶⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 246.

⁶⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 248.

⁶⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 243.

4.1.3 Eficácia dos Direitos Fundamentais: principais concepções

A questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais no Brasil tem sido objeto de estudo a partir da Constituição de 1891 através da doutrina de Ruy Barbosa, “um dos idealizadores da ordem constitucional republicana”. O polímata brasileiro era um entusiasta do modelo norte-americano, e da terra do Tio Sam, influenciado pelas decisões da Suprema Corte e por George Tucker, efetuou a distinção entre normas autoaplicáveis (ou autoexecutáveis) e normas não autoaplicáveis (ou não autoexecutáveis). Dando seguimento à doutrina de Ruy Barbosa, Pontes de Miranda propôs uma terminologia diferenciada. Para ele, as normas deveriam ser classificadas em dois grupos distintos, a depender do grau de completude: (i) normas suficientes em si mesmas, que não necessitam de concretização legislativa para atingirem sua máxima eficácia; e (ii) normas incompletas que necessitavam da atuação legislativa para terem eficácia⁶⁸⁹.

Esse modelo clássico de constitucionalismo, dito “liberal” e cuja premissa partia da ideia de que as normas constitucionais não eram diretamente aplicáveis sem a intermediação do Parlamento, entrou em declínio no Brasil a partir da Constituição de 1934, haja vista a sua incompatibilidade com o novo protótipo de constitucionalismo cunhado de “social e programático”⁶⁹⁰. Atualmente no Brasil, a ideia central é que “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia”, pois “todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada”⁶⁹¹. Neste mesmo sentido, Sarlet⁶⁹² aduz que “todo e qualquer preceito da Constituição (mesmo sendo de cunho programático) é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, consoante a normatividade que ele tenha sido outorgado pelo constituinte”.

A reformulação da doutrina clássica acerca da eficácia dos direitos fundamentais teve início pela primeira vez no Brasil através da doutrina de José Horácio Meireles Teixeira⁶⁹³,

⁶⁸⁹ SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 73; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 250-252.

⁶⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 252.

⁶⁹¹ SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 81.

⁶⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 265.

⁶⁹³ TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. **Curso de Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

segundo o qual “toda e qualquer norma constitucional alcança algum tipo de eficácia, de tal sorte que a eficácia das normas constitucionais pode ser considerada de natureza gradual, isto é, variando entre o mínimo e o máximo”. Daí, o referido constitucionalista sugerir uma classificação das normas constitucionais da seguinte maneira: (i) normas de eficácia plena; e (ii) normas de eficácia limitada ou reduzida (normas programáticas e de legislação)⁶⁹⁴.

Esta doutrina foi ultrapassada pela originalidade de José Afonso da Silva, que “pela primeira vez formulou, entre nós, uma teoria tricotômica da eficácia”. As primeiras seriam as normas de eficácia plena. Para José Afonso da Silva⁶⁹⁵, muito embora a Constituição Federal brasileira tenha revelado uma acentuada tendência para deixar ao legislador ordinário a integração e complementação de suas normas, verifica-se, através de uma simples análise, que a maior parte de seus dispositivos engloba normas de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. Seriam normas com “comando certo e definido, incrustando-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais”⁶⁹⁶. Ao adotar o conceito proposto por Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva conceitua as normas de direito constitucional como sendo “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”⁶⁹⁷.

A título de exemplo, podem ser citados os seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º, art. 17, parágrafo quarto, art. 44, caput e parágrafo único, art. 45, art. 46, parágrafo primeiro, art. 60, parágrafo terceiro, art. 76, art. 45, parágrafo segundo, art. 226, parágrafo primeiro.

⁶⁹⁴ Conforme Teixeira acrescenta, as normas de eficácia plena “produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que isso constitui objeto”. Já as normas de eficácia limitada ou reduzida seriam “aquelas normas que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário”. Para Meirelles, as normas de eficácia limitada se dividiam em dois grupos: (i) normas programáticas. Seriam aquelas que versavam sobre matéria de natureza eminentemente ética e social, “constituindo verdadeiros programas de ação destinados ao legislador ordinário”; (ii) normas de legislação. Seriam destituídas do caráter ético-social das normas programáticas. Dependiam para alcançar sua plena eficácia da atuação parlamentar diante da necessidade da natureza técnica instrumental. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 254-255.

⁶⁹⁵ SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003.

⁶⁹⁶ SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 101.

⁶⁹⁷ SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 101.

As segundas seriam as normas de eficácia contida. Seriam aquelas normas dotadas de aplicabilidade direta, imediata, mas não totalmente integral, uma vez que existe margem de atuação do poder público. Ou seja, “existe uma possibilidade de contenção de sua eficácia mediante a restrição legislativa futura e outros meios”⁶⁹⁸. Não apenas a lei efetua ou tem capacidade futura de efetuar restrições, mas também alguns conceitos de larga difusão do direito público, tais como ordem pública, segurança nacional ou pública, integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente, etc. Alguns exemplos a serem citados seriam os incisos VIII e XIII, ambos do art. 5º⁶⁹⁹. Nos termos do autor:

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados⁷⁰⁰.

A terceira seriam as normas constitucionais de eficácia limitada. Nesse caso, a aplicabilidade ocorre de maneira indireta e reduzida, “não tendo recebido do legislador constituinte normatividade suficiente para, por si só e desde logo, serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos”. As normas de eficácia limitada seriam de dois tipos: (i) definidoras de princípio institutivo ou organizativo; e (ii) definidoras de princípio programático. É preciso deixar claro, para que se evite confusões terminológicas, que o sentido da palavra “princípio” nesta classificação significa “começo” ou “início”. Além do mais, não se pode confundir *normas constitucionais de princípio*, *normas constitucionais de princípios gerais* e *princípios gerais do Direito Constitucional* cuja especificação e detalhamento se encontra na obra de José Afonso da Silva (2003, p. 118-121) e não será aqui pormenorizada para que não se fuja ao objeto do trabalho.

As normas definidoras de princípios institutivos teriam eficácia limitada e aplicabilidade mediata ou indireta, eis que seriam dependentes da legislação para a executoriedade plena. Exemplos: art. 18, art. 33, art. 90, parágrafo segundo, art. 113, art. 161.

⁶⁹⁸ SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 104.

⁶⁹⁹ SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 103-116.

⁷⁰⁰ SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 116.

Já as normas constitucionais de princípio programático teriam em Crisafulli⁷⁰¹ seu principal fundamento teórico, menos no que se refere à compreensão do que signifique “programático”. O referido doutrinador, a partir da Constituição italiana, verificou que normas programáticas eram constituídas por programas de ação (de legislação). Neste sentido, José Afonso da Silva assim conceituou normas programáticas:

normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do estado.

A relevância do estudo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais residiria, de acordo com José Afonso da Silva, nas chamadas normas programáticas, em virtude do compromisso da Constituição brasileira com a democracia substancial e a realização da justiça social. Deste modo, às normas programáticas caberia a tarefa de efetuar uma orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional através da eficácia interpretativa. Essa orientação axiológica não se basearia em opiniões pessoais, mas em “critérios hierárquicos de valor sobre os quais está fundada e pelos quais está inspirada a ordem jurídica positiva”⁷⁰². Para o referido publicista, tais ditames estariam presentes, inclusive, no art. 5º da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro que aduz textualmente que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”⁷⁰³.

Existem outras classificações importantes, mas cuja delimitação foge do objeto deste estudo. Entretanto, vale nominá-las com o amparo oferecido por Sarlet⁷⁰⁴. Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto atribuem um toque original e partem os autores de um outro critério, qual seja, o modo de incidência das normas constitucionais. Desse modo, elas podem ser divididas

⁷⁰¹ “Para Pontes de Miranda: ‘regras jurídicas 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 não 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’. Este pensamento é rejeitado por José Afonso da Silva que adota a concepção de Crisafulli, segundo o qual “um programa tendo como objetivo principal a disciplina das relações sociais, e, mas em geral, da ordenação da sociedade estatal, ou seja, do Estado em sentido amplo, segundo princípios democraticamente avançados e realistas, em coerência com a definição do art. 1º, pelo qual a República italiana é fundada sobre o trabalho”. SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 137.

⁷⁰² SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 157.

⁷⁰³ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 set. 1942.

⁷⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 256-258.

em normas inintegráveis (ou de mera aplicação) e em normas integráveis (ou de integração). Em relação à eficácia, elas poderiam ser classificadas em normas de eficácia parcial e eficácia plena.

Maria Helena Diniz sistematiza as normas constitucionais em quatro grupos: normas com eficácia absoluta, normas com eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível, normas com eficácia relativa complementável.

Celso Antônio Bandeira de Melo efetua sua divisão em normas concessivas de poderes públicos, normas concessivas de direitos, normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, divide as normas constitucionais em três grupos: normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas, que teriam por objeto projetar os fins públicos ao serem obtidos pelo ente estatal.

4.1.3.1 O Art. 5º, § 1º da Constituição Federal

Determina esse dispositivo constitucional que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esse dispositivo foi uma inovação⁷⁰⁵ da Constituição Federal de 1988 e possui similaridade com outros dispositivos de constituições estrangeiras⁷⁰⁶. Não restam dúvidas de que a aplicação desse dispositivo constitucional não se refere apenas àqueles direitos situados topograficamente no art. 5º, primeiro, porque a referida norma se refere genericamente a “direitos e garantias fundamentais” e, segundo, porque uma interpretação sistemática e teleológica conduzirá aos mesmos resultados⁷⁰⁷.

⁷⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed., revista e atualizada. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018.

⁷⁰⁶ Lei Fundamental da República da Alemanha de 1949: artigo 1º, 3; Constituição do Principado de Andorra de 1993: artigo 39, 1, 2 e 3; Constituição da Bósnia e Herzegovina de 1995: artigo II, 2 e 6; Constituição de Cabo Verde de 1999: artigo 18; Constituição da República Colombiana de 1991 (com as reformas de 2005): artigo 85; Constituição Política da República do Equador de 1998: artigo 18; Constituição da República Portuguesa de 1976: artigo 18, I; Constituição da Rússia: artigo 18; Constituição da Ucrânia de 1996: artigo 8º; Constituição da República do Uruguai de 1967, com a reforma de 2004: Artigo 332; Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999: artigo 22; Constituição do Nepal de 1990: artigo 24, 1 e 2; Constituição da República do Panamá de 1972, com a reforma de 1994: artigos 17 e 18; Constituição da República do Paraguai de 1992: parte final do artigo 45.

⁷⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed., revista e atualizada. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018. p. 270.

Dimoulis e Martins⁷⁰⁸ aduzem que esta norma significa que todas as “disposições que definem direitos e garantias individuais, sociais e políticos, independentemente do capítulo ou título da Constituição que os proclama, são direta e imediatamente vinculantes (efeito imediato dos direitos fundamentais)”. Além do mais, estes autores partem da premissa de que os direitos fundamentais vinculam apenas as autoridades do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). Outra característica que decorreria desse dispositivo seria o fato de que os direitos fundamentais não são “simples declarações políticas ou programas de ação do poder público e tampouco podem ser vistos como normas de eficácia limitada ou diferida”⁷⁰⁹. Nesse particular, é preciso distinguir (i) aplicabilidade imediata que cria uma vinculação direta e plena do destinatário passivo do (ii) exercício de determinado direito garantia em virtude da densidade normativa constitucional.

Seguindo a doutrina de Dimoulis e Martins⁷¹⁰, a aplicação imediata consiste “na obrigação do legislador de cumprir imediatamente seus deveres de regulamentação”, e “no dever dos tribunais de obrigá-lo a respeitar essa norma e, eventualmente, suprir sua deficiência por meio do controle de constitucionalidade (inconstitucionalidade por omissão legislativa) e das demais garantias fundamentais”.

Sarlet⁷¹¹, ao interpretar o referido dispositivo constitucional, parte das seguintes premissas: (i) os direitos fundamentais podem ser divididos em dois grupos: o de suficiência normativa e o de insuficiência normativa; (ii) a referida norma é de cunho “inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização”, logo, o “seu alcance (isto é, o quantum em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta”⁷¹². Dessa forma, “aplicabilidade imediata de uma norma de direito fundamental não implica que [...] cada direito fundamental [...] se transforme em direito a qualquer coisa ou um direito absoluto”⁷¹³; (iii) em relação às demais normas constitucionais, os direitos fundamentais possuem a presunção de máxima aplicabilidade e eficácia, contudo “isso não elucida de que forma se dá esta aplicabilidade e

⁷⁰⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 113.

⁷⁰⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 113.

⁷¹⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. 2018. p. 116.

⁷¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed., revista e atualizada. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018.

⁷¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed., revista e atualizada. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018. p. 278.

⁷¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed., revista e atualizada. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018. p. 279.

quais os diversos efeitos jurídicos que lhe são inerentes”⁷¹⁴; (iv) “o princípio da aplicação imediata diz respeito a todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua função (direitos a prestações ou direitos de defesa) e da forma de sua positivação”⁷¹⁵.

Feitas estas considerações, seria possível defender a teoria da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais na relação entre os particulares com base nessa norma? A resposta a esta pergunta será discutida em tópico específico relativo à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

4.1.4 Anotações à Teoria dos Princípios de Robert Alexy

Neste tópico, será abordada a visão de Robert Alexy acerca da Teoria dos Princípios, apresentando, assim, distinção entre regras e princípios, a dupla natureza da dignidade humana (regra e princípios) e os conceitos absoluto e relativo de dignidade.

4.1.4.1 Da Teoria dos Valores à Teoria dos Princípios

O Tribunal Constitucional alemão adotou a teoria de que “os direitos fundamentais são valores objetivos da comunidade constitucionalizados”. Acontece que essa teoria recebeu fortes críticas dos doutrinadores alemães Forsthoﬀ e Friedrich Müller.

Para Forsthoﬀ (1902-1974):

Quem se adentra no campo dos valores aceita de um ponto de vista metodológico a sobre-ordenação, a sub-ordenação e a mutação dos valores mesmos. Por isso, o valor é um fator de instabilidade de primeira grandeza: uma interpretação da Constituição orientada aos valores porta consigo a desestabilização do direito constitucional sob o ponto de vista do método”⁷¹⁶.

Haveria a substituição do método jurídico pela filosofia dos valores. A interpretação jurídica cederia lugar à interpretação filosófica. Esse método científico-espiritual de Rudolf Smend tornava, portanto, “inseguro o direito constitucional, dissolvendo a lei constitucional na casuística”. Assim, a dimensão jurídico-formal do direito constitucional perderia sua estrutura

⁷¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed., revista e atualizada. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018. p. 285.

⁷¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed., revista e atualizada. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018. p. 384.

⁷¹⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 107.

jurídica unitária, eis que seria substituída por uma dimensão substancial baseada em uma hierarquia de valores⁷¹⁷.

Para Friedrich Müller, a teoria e doutrina interpretativa dos direitos fundamentais “é irracional e seduz ao comportamento decisionista [Dezision] com base em representações valorativas privadas dos juízes”. A interpretação com base nesta teoria ocorre “em nome dos valores e garantias jurídicas subjetivas como topoi ideológicos”⁷¹⁸.

No entender do professor da Universidade de Heidelberg:

os direitos humanos não são valores, mas normas. Atrás deles estão representações de valores da dignidade, liberdade e igualdade de todos os seres dotados de semblante humano. Mas tão logo a Constituição os positiva, eles são direito vigente. A partir de então nós juristas temos o dever de interpreta-los como normas. Quem preta estampada as normas dos direitos humanos em valores, prossegue justamente por essa razão a sua desvalorização⁷¹⁹.

O fato é que, em meados dos anos 1980, Alexy apresentou a sua teoria estrutural dos direitos fundamentais com fundamento na teoria dos princípios. Steinmetz⁷²⁰ aduz que “um dos propósitos declarados da teoria dos princípios é reabilitar a teoria axiológica dos direitos fundamentais”. Alexy⁷²¹ reduz a diferença entre princípios e valores a um único ponto: aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* ou definitivamente o *melhor* (critério axiológico – conceito de bom) é, no modelo de princípios, *prima facie* ou definitivamente *devido* (critério deontológico – conceito de dever ou dever-ser).

Desse modo, Alexy “converte a teoria dos valores em teoria dos princípios”, o que torna menos exposto as objeções filosóficas, dogmáticas e metodológicas⁷²².

4.1.4.2 Distinção entre Regras e Princípios

⁷¹⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 107.

⁷¹⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 107.

⁷¹⁹ Cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 107.

⁷²⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 108.

⁷²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 153.

⁷²² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 109.

Virgílio Afonso da Silva⁷²³ assevera que a distinção entre as regras e os princípios geralmente é classificada através de três grupos⁷²⁴: (i) de distinção forte; (ii) distinção débil; e (iii) inexistência de distinção. De acordo com o primeiro grupo, a distinção entre os princípios e as regras reside na diversidade das estruturas lógicas de cada um. Neste primeiro grupo, estão Ronald Dworkin, Robert Alexy, Jan-R. Sieckmann, Martin Borowski e Josef Esser. Já o segundo grupo defende que a diferença entre ambos não é tão intensa, uma vez que haveria apenas uma diferença de grau. O principal defensor dessa tese é Joseph Raz, de acordo com o qual o princípio teria duas características importantes: generalidade e maior importância. Por fim, o terceiro grupo compreende que não há possibilidade de distinguir princípios e regras, uma vez que “todas as qualidades lógico-deônticas presentes nos princípios estão presentes também nas regras”⁷²⁵. O representante dessa teoria é Aulis Aarnio, para quem, “do ponto de vista da interpretação, tanto princípios quanto regras são fenômenos deônticos e não axiológicos”⁷²⁶.

Em específico, a teoria dos princípios adotada neste trabalho é aquela formulada por Robert Alexy⁷²⁷ e cujo ponto de partida “é a distinção teórico-estrutural das normas em princípios e regras”⁷²⁸. Deste modo, as regras e os princípios são reunidos sobre o conceito de norma, pois tanto as regras quanto os princípios dizem o que deve ser e “podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”. Assim como as regras, “os princípios são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente”⁷²⁹.

⁷²³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁷²⁴ Alexy traz à memória a distinção de acordo com a determinação dos casos de aplicação, da forma de surgimento, do caráter explícito de seu conteúdo axiológico, da referência à ideia de direito, da lei jurídica suprema, da importância para a ordem jurídica, das normas de argumentação ou das normas de comportamento, muito embora vale a pena lembrá-las. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

⁷²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 31.

⁷²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 32.

⁷²⁷ Luiz Henrique Urquhart Cademartori chama a atenção para o fato de que “embora existam semelhanças e convergências nas teorias principiológicas de Aléxy e Dworkin, na medida em que ambos pretendem conferir um grau de legitimidade racionalmente aceitável ao direito na sua aproximação, efetiva e material, com os valores decorrentes dos direitos fundamentais, algumas divergências ganham destaque”. Para mais detalhes, conferir: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas*. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí-SC, v. 11, n. 1, p. 135-141, jan.-jun. 2006. p. 138.

⁷²⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 203.

⁷²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 87.

Alexy⁷³⁰ assevera expressamente que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁷³¹. Os princípios, portanto, seriam *mandamentos*⁷³² de otimização, uma vez que só podem ser “satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de vida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. No mais, a natureza dos princípios reclama necessariamente análise da proporcionalidade composta, por sua vez, de três sub-princípios: (i) princípio da adequação; (ii) princípio da necessidade; e (iii) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação diz respeito à relação meio-fim, isto é, “se o meio utilizado é adequado, empírica ou faticamente, para alcançar ou promover o objetivo pretendido”⁷³³. Já o princípio da necessidade (exigibilidade e indispensabilidade), de acordo com Alexy⁷³⁴ seria o ato capaz de inibir menos o exercício dos direitos fundamentais. Para Alexy⁷³⁵, os princípios da adequação e da necessidade reportam-se às possibilidades fáticas da otimização relativa cujo objetivo é “evitar sacrifícios evitáveis”. Os sacrifícios, entretanto, tornam-se inevitáveis no caso da colisão de princípios, daí a importância da ponderação como foco do terceiro subprincípio.

⁷³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 90.

⁷³¹ Segue uma distinção diversa entre regras e princípios: “Os princípios diferenciam-se das regras por vários aspectos. As regras estão previstas no ordenamento jurídico. Os princípios nem sempre estão positivados, expressos no ordenamento jurídico, pois em alguns casos estão implícitos nesse ordenamento, contidos em alguma regra. Decorrem os princípios de estimativa ética e social. A regra serve de expressão a um princípio, quando, por exemplo, este é positivado, ou até como forma de interpretação da própria regra, que toma por base o princípio. Os princípios não servem de expressão às regras. As regras são a aplicação dos princípios ou operam a concreção dos princípios, sobre os quais se apóiam. Sustentam os princípios dos sistemas jurídicos, dando-lhes unidade e solidez. São, portanto, vigas mestras do ordenamento jurídico. Princípio é a bússola que norteia a elaboração da regra, embasando-a e servindo de forma para sua interpretação. Os princípios influenciam as regras. Os princípios inspiram, orientam, guiam, fundamentam a construção do ordenamento jurídico. Sob certo aspecto, podem até limitar o ordenamento jurídico, erigido de acordo com os princípios. Não são, porém, axiomas absolutos e imutáveis, pois pode haver mudança da realidade fática, que implica a necessidade de mudança da legislação, do Direito, em face da realidade histórica em que foram erigidos. As regras são instituídas tomando por base os princípios. Orientam os princípios a formação de todo o sistema, enquanto a regra está inserida nele, sendo influenciada pelos princípios. O princípio pode ser levado em consideração para a interpretação da regra, enquanto o inverso não ocorre. A aplicação dos princípios é um modo de harmonizar as regras. Tem o princípio acepção filosófica, enquanto a regra tem natureza técnica”. MARTINS, Sérgio Pinto. **Instituições de Direito Público e Privado**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 50.

⁷³² “O conceito de mandamento e aqui utilizado em um sentido amplo, que inclui também as permissões e as proibições”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 90.

⁷³³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 213.

⁷³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 205.

⁷³⁵ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luís Nery da (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 19.

O subprincípio da proporcionalidade em significa que os “meios elegidos devam manter-se em relação razoável com o resultado perseguido”⁷³⁶. Outrossim, “expressa o que significa a otimização em relação às possibilidades jurídicas”. Nesta linha de raciocínio, a lei de ponderação é assim formulada: “quanto maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em atender ao outro”⁷³⁷.

As regras seriam “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, isto é, “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos”. Deste modo, as regras contêm “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. De qualquer forma, “toda norma é ou uma regra ou um princípio”⁷³⁸. Em relação à norma da dignidade, no próximo tópico será analisada a sua dupla natureza, isto é, de regra e princípio.

Em relação aos princípios, o objetivo deste subtópico é chamar a atenção para o conceito de “possibilidades jurídicas” segundo o qual “o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”⁷³⁹. Sobre esta questão em específico e para esclarecer um ponto fundamental na teoria de Alexy acerca dos princípios, vale a transcrição integral de nota de rodapé realizada nos seguintes termos:

É necessário distinguir dois casos de restrição à realização ou à satisfação dos princípios por meio de regras: (1) A regra R, que restringe o princípio P, vale estritamente. Isso significa que vale uma regra de validade R', que diz que R tem precedência em relação a P, independentemente de se saber o quão importante é a realização de P e o quão desimportante é a realização de R; (2) R não vale estritamente. Isso significa que vale um *princípio* de validade P', que permite, em determinadas situações, que P supere ou restrinja R. Essas condições não podem ser satisfeitas com a simples constatação de que o comprimento de P e, no caso concreto, mais importante que o comprimento do princípio PR, que *materialmente* sustenta R, pois isso faria com que P' não desempenhasse nenhum papel. Tudo seria uma questão de relação entre P e PR. P' desempenha um papel se para a determinação da precedência de P não somente se exija que P proceda o princípio PR, que materialmente sustenta R, mas também que P seja mais forte que PR em conjunto com o princípio P',

⁷³⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 213.

⁷³⁷ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luís Nery da (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 19.

⁷³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 91.

⁷³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 90.

que exige o cumprimento de regras e que, nesse sentido, sustenta formalmente R⁷⁴⁰.

Uma característica importante dos princípios na teoria desenvolvida por Alexy reside na ponderação como forma de aplicação do direito analisando-se os diferentes graus de sua satisfação. De outro modo, “as regras são normas que sempre ou bem são satisfeitas ou não o são”. A validade e a aplicabilidade de uma norma ordenam que se faça exatamente o que ela exige. É a ideia do tudo ou nada⁷⁴¹.

Outra forma de distinção entre as regras e os princípios⁷⁴² residiria nos casos de colisões entre princípios e conflitos entre regras. Segundo ele, “a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras”.

Outras questões importantes acerca da teoria de Alexy não carecem de análise mais profunda, uma vez que extrapolariam os limites dessa investigação, entretanto precisam ser mencionadas. A primeira delas seria o caráter “*prima facie*” das regras e dos princípios, modelo que superaria aquele oferecido por Dworkin, segundo o qual as regras válidas “devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contém (na fonte consultada não está na forma plural “contêm”?) razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão”⁷⁴³. As demais seriam regras e princípios como razões⁷⁴⁴, lei de colisão e teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade.

A palavra “princípio” no vocabulário jurídico possui uma conotação plurívoca, ou seja, é um termo que possui diversos significados. No Brasil, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Melo defende um conceito tradicional em que os princípios seriam “mandamentos nucleares” ou “disposições fundamentais” do sistema. Para Alexy, o princípio é um “conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma em questão”, pois “uma norma é um

⁷⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 90-91.

⁷⁴¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 204.

⁷⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 91.

⁷⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 104.

⁷⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 106-108.

princípio não por ser fundamental, mas por ter a estrutura de um mandamento de otimização”⁷⁴⁵.

4.1.4.3 A Dupla Natureza da Dignidade Humana (Regra e Princípio) e Conceitos Absoluto e Relativo de Dignidade

Tratar a dignidade humana como um conceito absoluto significa que ela é considerada uma norma que tem “precedência sobre todas as outras normas, em todos os casos”, o que implicaria na impossibilidade de realizar o balanceamento⁷⁴⁶. A partir de um conceito absoluto, seria possível haver a intervenção ou efetuar restrições à dignidade humana? A resposta a essa pergunta serve como fundamento para o estudo da relação entre direitos fundamentais e autonomia privada, conforme será discutido mais adiante.

O debate do caráter absoluto ou relativo da dignidade perpassa o tema da estrutura normativa da dignidade humana que, muito embora tenha sido tratado por Alexy na sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, recebe uma elaboração mais precisa no artigo do mesmo autor intitulado *A dignidade humana e análise da proporcionalidade*⁷⁴⁷. O autor desenvolve o seu artigo partindo dos conceitos absoluto e relativo de dignidade. Ele chama a atenção para o fato de o Tribunal Constitucional Federal alemão ora sinalizar para uma concepção absoluta ora para uma concepção relativa, a partir de determinados julgados.

O primeiro julgado que estabelece uma concepção absoluta dispõe o seguinte: “ainda que atendendo os interesses públicos, não se justifica uma violação ao núcleo de proteção absoluta da auto-determinação privada; nenhuma condenação, fundada em proporcionalidade, poderá ocorrer”⁷⁴⁸.

Enquanto isso, no segundo julgado, em que se verifica a dignidade humana como princípio que colide com princípio da segurança pública:

⁷⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 36.

⁷⁴⁶ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luís Nery da (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 13.

⁷⁴⁷ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luís Nery da (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 13-38.

⁷⁴⁸ BVerfGE 34, 238 (245). ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luís Nery da (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 14.

A dignidade humana também não se verá violada, se a conclusão da execução da pena é tornada necessária pelo perigo continuado representado pelo prisioneiro e, nesses termos, a libertação antecipada é afastada. [...] Nos casos em que o perigo representado pelo ofensor criminoso tiver desse determinado, não há necessidade de como provação complementar de que o princípio da proporcionalidade deve ser observado⁷⁴⁹.

Sem embargo do caráter “altamente insatisfatório” da jurisdição do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a matéria, Alexy desenvolve a seguinte tese: “a concepção relativa é, de fato, a correta, mas que existem alguns desdobramentos da dignidade humana que se encaminham na direção da concepção absoluta”⁷⁵⁰.

Alexy, ao interpretar o primeiro artigo da Constituição Federal alemã, que trata a dignidade humana como “inviolável”, chama a atenção para o fato de não se estabelecer ali a existência de um princípio absoluto⁷⁵¹ por dois fundamentos: (i) em virtude de sua dupla natureza, eis que a norma da dignidade humana pode ser tratada “em parte como regra e em parte como princípio”⁷⁵²; e (ii) porque existiria um extenso “grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sobre essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes”⁷⁵³. Esse grupo de condições de precedência devidamente protegido por regras recebe a denominação pelo Tribunal Constitucional Federal de “esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta”.

A dignidade humana é tratada como regra quando se verifica apenas a ocorrência ou não da violação. Nessa hipótese, não se verifica se a dignidade prevalece sobre as demais regras. Como se verifica, tudo vai depender das circunstâncias do caso concreto. O Tribunal Constitucional alemão geralmente recorre ao sopesamento em caso de violação à proteção da ordem democrática e à própria existência do Estado. De acordo com Alexy⁷⁵⁴, “o princípio da

⁷⁴⁹ BVerfGE 45, 187 (242). ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luís Nery da (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 15-16.

⁷⁵⁰ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luís Nery da (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 17.

⁷⁵¹ Para um debate mais aprofundado sobre o tema: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luís Nery da (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

⁷⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 111.

⁷⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 111.

⁷⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 113.

proteção do estado tem precedência em face do princípio da dignidade humana no que diz respeito à exclusão da proteção judicial em casos de escuta telefônica”.

Desse modo, como se poderia determinar o conteúdo da regra da dignidade humana? Esse conteúdo seria determinado a partir da relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios. Assim, a dignidade não se torna um princípio absoluto, mas a regra, sim, “a qual em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência”, até porque “o princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas”⁷⁵⁵.

Em síntese, a dignidade humana como princípio estaria sujeita ao balanceamento, eis que se revela na medida em que a sua garantia se expressa pela norma de deveres (“todos os seres humanos têm de serem levados a sério como pessoas”) bem como pela norma de direitos (“todos os seres humanos têm o direito de serem levados a sério como pessoas”). Já a dignidade humana como regra decorre da “textura aberta semântica” do seu conceito. Alexy, entretanto, atribui verdade ao “Teorema de Dominação” elaborado por Nils Teifke, contrário à dupla construção (dignidade como regra e princípio), segundo a qual o “conteúdo do nível de regra depende diretamente do conteúdo do nível de princípio”. Contudo, Alexy atribui ao teorema a característica de ser um ponto de dupla construção, demonstrando a possibilidade “vazia” da concepção de dignidade como regra, pois “tudo são como regra implica a concepção absoluta da dignidade humana, ao passo que a construção como princípio implica a concepção relativa”⁷⁵⁶.

Para Alexy, esse debate ganha relevo e significância prática quando se comete o equívoco de se atribuir à dignidade humana a característica da “mais alta norma substantiva do sistema jurídico” capaz de exercer um papel respeitável “na interpretação das normas de nível inferior”, uma vez que jamais uma norma de nível inferior pode ser invocada como argumento em face de uma norma de nível superior, se ambas as normas forem consideradas como regras. Esse quadro se modificaria por completo se a garantia da dignidade humana fosse entendida como um princípio, sujeita ao balanceamento como todos os outros princípios⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 116-117.

⁷⁵⁶ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luís Nery da (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 29-30.

⁷⁵⁷ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luís Nery da (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 35.

Ao final de seu artigo, Alexy apresenta a ponderação como uma forma de argumentação jurídica racional e que as alternativas contrárias a ela são “relegadas para algo como intuicionismo de dignidade humana”. Para o doutrinador alemão, a “argumentação é uma expressão da racionalidade” ao passo que o intuicionismo seria uma “confissão de irracionalidade”.

4.1.5 Alexy e seu Posfácio: respostas às críticas de Habermas e Böckenförde

Como toda e qualquer teoria, a Teoria dos Direitos Fundamentais tem sofrido críticas e, ao que parece, Alexy condensou-as na pessoa de dois grandes teóricos: Habermas e Böckenförde. Em seu posfácio, ele enfrenta essas críticas e desenvolve a defesa da sua teoria. É bem verdade que o presente trabalho não tem como objetivo central a defesa da teoria de Alexy; contudo, trazer um pequeno esclarecimento sobre esta temática enriquece um trabalho que visa à realização da dignidade humana no Direito Civil através de uma dogmática jurídica que preza pelo rigor metodológico e científico.

A primeira, fundamentada em Habermas, foi nomeada pelo próprio Alexy de um “alerta para o perigo de uma insuficiência de direitos fundamentais”⁷⁵⁸; sustenta que a tese em questão faz com que os direitos fundamentais percam a sua solidez, uma vez que uma “quantificação orientada por finalidades implicaria a possibilidade de que direitos individuais sejam, em alguns casos, sacrificados em favor de finalidades coletivas”⁷⁵⁹. Em resumo, o caráter principiológico derrubaria um muro protetor⁷⁶⁰. Outro ataque seria o de que o “sopesamento de direitos fundamentais não ameaçaria apenas a sua força em geral”, também traria o “risco de que os direitos fundamentais fossem vítimas de juízos irracionais, pois não haveria nenhum parâmetro racional para esse sopesamento”⁷⁶¹.

Já a teoria de Böckenförde é nomeada de “o perigo de um excesso de direitos fundamentais” (inchaço dos direitos fundamentais). Para Böckenförde, muito embora o caráter

⁷⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 576.

⁷⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 575-576.

⁷⁶⁰ Conforme Habermas pressupõe: “Se, nos casos de colisão, *todas* as razões puderem adotar o caráter de argumentos definidores de finalidades, derruba-se então aquele muro protetor que uma compreensão de uma deontologia das normas jurídicas introduz no discurso jurídico”. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 576.

⁷⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 576.

principiológico fosse adequado para produzir o conceito dogmático essencial dos direitos fundamentais, “porque é capaz de abarcar todas as funções desses direitos de forma abrangente” e “permite que todas essas funções se desenvolvam de forma variável a partir dele”, ele seria inaceitável em virtude das amplas consequências que gerariam uma alteração profunda no papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico⁷⁶². O problema da teoria de Alexy residiria no fato de que os direitos fundamentais na qualidade de princípios produziriam efeitos por todo ordenamento jurídico, fazendo com que, “no nível das normas-princípios com tendência otimizadora”, a ordem jurídica já estaria inteiramente contida na Constituição, carecendo apenas de uma concretização. Nesta mesma linha de pensamento, Forsthoﬀ, de maneira sarcástica, nomeou a constituição de “genoma jurídico [...] Do qual tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros para febre”⁷⁶³. Isso geraria uma hiperconstitucionalização do sistema jurídico, causando, conforme aponta Böckenförde, uma mudança de “estado parlamentar legislativo para o estado constitucional jurisdicional”⁷⁶⁴.

Alexy rebate estas críticas através do desenvolvimento de três tópicos fundamentais: (i) moldura e fundamento; (ii) discricionariedade estrutural e sopesamento; e (iii) princípios formais.

No primeiro tópico, ele procura afastar as críticas de Böckenförde através da conciliação entre o conceito de ordem-moldura e ordem-fundamento. Para Alexy, uma “boa constituição” pode conciliar o conceito de ordem-fundamento qualitativo⁷⁶⁵ com o conceito de ordem-moldura, nos seguintes termos:

Se ela, em primeiro lugar obriga e proíbe algumas coisas, ou seja, se ela estabelece uma moldura; em segundo, faculta outras coisas, ou seja, aceita discricionariedades; e, em terceiro, se por meio de seus deveres e proibições forem decididas aquelas questões fundamentais para a comunidade, que podem e devem ser decididas por uma Constituição⁷⁶⁶.

⁷⁶² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 577.

⁷⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 578.

⁷⁶⁴ Cf. ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 4.

⁷⁶⁵ “[...] em um sentido quantitativo, uma Constituição é uma ordem-fundamento se ela nada faculta, ou seja, se para tudo ela tem ou um dever, ou uma proibição. Esse é o genoma descrito por Forsthoﬀ, que teria uma decisão até mesmo para os termômetros de febre”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 584.

⁷⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 584.

Em relação ao segundo tópico, Alexy parte da ideia de que “aquilo que as normas de uma Constituição nem obrigam nem proíbem é abarcado pela discricionariedade estrutural do legislador”⁷⁶⁷. A teoria dos princípios: (i) nunca sustentou a tese radical de que o sopesamento possibilita uma conclusão racional em todos os casos, entretanto, é perfeitamente possível impor limites à atividade estatal de forma racional com o auxílio da lei do sopesamento; e (ii) nunca defendeu a ideia de que o sopesamento é um procedimento que em todo e qualquer caso produz um resultado único e inequívoco⁷⁶⁸. Isso seria possível mediante a observação de algumas características importantes, a saber: (i) verificação de escalas ou intensidades de intervenção e graus de importância divididas em categorias ‘leve’, ‘moderado’ e ‘sério’; (ii) fundamentação da ideia de razões plausíveis; e (iii) construção de um conceito de importância que seja fruto da reunião de uma grandeza concreta e uma grandeza abstrata⁷⁶⁹.

Ultrapassados os dois primeiros tópicos, passemos ao terceiro. Em relação aos princípios formais, Alexy aduz que a “relação entre princípios materiais e princípios formais é uma das questões mais polêmicas da teoria dos princípios”⁷⁷⁰. Em língua portuguesa, a questão relativa aos princípios formais abordados pelo próprio Alexy tanto é tratada no posfácio⁷⁷¹ da *Teoria dos Direitos Fundamentais* quanto no seu recente artigo intitulado *Princípios formais*⁷⁷².

No caso em específico, a ideia desenvolvida nos princípios formais, objeto central da teoria da discricionariedade, tentaria responder à acusação de que a teoria dos princípios seria incapaz de “determinar, de uma forma adequada, a relação por um lado, entre direitos fundamentais e jurisdição constitucional e, por outro lado, entre direitos fundamentais e democracia”⁷⁷³.

⁷⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 584.

⁷⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 594.

⁷⁶⁹ Alexy desenvolve analiticamente essa construção conceitual, o que não será objeto de análise neste momento, por fugir completamente ao objetivo do presente estudo. Para mais informações, ver ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 600-611.

⁷⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 611.

⁷⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 611-627.

⁷⁷² ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 3-23.

⁷⁷³ ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 3.

Fugiria por completo ao objeto deste trabalho o desenvolvimento da teoria da discricionariedade com base nos princípios formais, contudo é preciso mencionar que Alexy “defende a tese de que é possível uma análise dos princípios formais que implique uma teoria adequada da discricionariedade legislativa”. Os princípios formais “exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada”⁷⁷⁴. Em outras palavras, “os princípios formais se referem à dimensão real ou fática do direito”⁷⁷⁵.

A tese é desenvolvida através da discricionariedade epistêmica como resultado de sopesamento e a relação entre a discricionariedade epistêmica e a vinculação à constituição. A discricionariedade epistêmica surge sempre que “o conhecimento sobre aquilo que é definitivamente proibido, comandado ou deixado livre pelas normas constitucionais é incerto”⁷⁷⁶. O fato é que, para Alexy, e este ponto é o que nos interessa, “a realização de direitos fundamentais aumenta quando eles podem ser limitados somente com base em premissas cuja verdadeira está assegurada”⁷⁷⁷⁷⁷⁸.

⁷⁷⁴ ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 10.

⁷⁷⁵ “Contudo, esse aspecto real ou fático pode ser conectado com elementos ideais. O princípio da democracia é um exemplo. A democracia é uma tentativa de institucionalizar, na máxima medida do possível, os ideais do discurso enquanto deliberação pública. Entretanto, ela é um princípio formal. Na medida em que se trata da democracia representativa, e não da democracia direta, trata-se de decisões tomadas pelo Parlamento, de acordo com regras de maioria. Porém, a democracia não é apenas um processo de decisão no meio de outros processos de decisão. Ela é o processo mais racional e legítimo de produção do direito. Por essa razão, o princípio da democracia não só atribui um peso especial às decisões do Parlamento. Ele exige, sobretudo, que o legislador democraticamente legitimado tome tantas decisões importantes para a sociedade quanto possível. Com essa exigência, o princípio da democracia se refere não só à autoridade das decisões tomadas dentro do escopo das competências parlamentares. Ele também requer que esse escopo seja o mais amplo possível. Isso possui importância especial para a relação entre direitos fundamentais e democracia”. ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 10.

⁷⁷⁶ ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 15.

⁷⁷⁷ ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 17.

⁷⁷⁸ Alexy indaga em como resolver um caso de “emprego da tortura em um cenário em que figure o emprego de uma bomba nuclear já ativada, ou ainda no exemplo do emprego de um avião cheio de passageiros, sequestrado por terroristas, a fim de lançá-lo como arma exclusiva para matar o máximo número de pessoas”. ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 10.

4.2 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

É indiscutível a influência dos direitos fundamentais na relação Estado/cidadão (não-titular/titular de direitos fundamentais), especialmente através dos direitos subjetivos, em face do legislador, do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Mas e a influência dos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão (titular/titular de direitos fundamentais)? É possível extrair do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal a ideia de os direitos fundamentais vincularem diretamente ou indiretamente os particulares? Em outras palavras, é possível dizer “SE” os direitos fundamentais vinculam os particulares (pessoa física ou jurídica) na relação particular/particular? Quem são os destinatários exclusivos dos direitos fundamentais?

O fato é que a resposta positiva à pergunta “SE” traz mais dois desdobramentos: (i) “QUAIS” os direitos fundamentais vinculam os particulares; e (ii) “COMO” se dá esta vinculação.

Em relação à questão acerca de “QUAIS” direitos fundamentais vinculam os particulares, a doutrina divide-se. De um lado, existe a posição daqueles que entendem que a vinculação ocorre em relação a todos os direitos fundamentais, a exemplo de Sarlet⁷⁷⁹. A segunda corrente compreende que, consoante doutrina de Paulo Mota Pinto⁷⁸⁰, a vinculação só ocorre em relação aos “direitos, liberdades e garantias”, e não sobre os direitos sociais, econômicos e culturais. O problema maior residiria na definição do conteúdo e do significado exato da categoria de direitos econômicos, sociais e culturais. Os portugueses, de acordo com o professor lusitano, têm-se inclinado para reconhecê-los “como programáticos, ou como legitimadores de restrições a outros direitos, e não como direitos subjetivos dos indivíduos que fundamentam diretamente a exigência de prestações ao Estado”⁷⁸¹. Isso se daria em razão das possibilidades financeiras e das decisões provenientes do governo democraticamente eleito, respeitada a reserva do possível no plano financeiro. Essa restrição democrática e orçamentária vinculada a políticas públicas também alcançaria a questão relativa à vinculação dos direitos, liberdades e garantias, a exemplo do direito à segurança ou dos direitos de participação política.

⁷⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed., revista e atualizada. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018.

⁷⁸⁰ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

⁷⁸¹ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007. p. 147.

Já em relação à questão acerca de “COMO” os direitos fundamentais vinculam os particulares, percebe-se que esta ocorre por meio da teoria da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais, o que será estudado com mais detalhe no último tópico deste capítulo.

Enfim, tentar-se-á responder “SE” os direitos fundamentais vinculam os particulares (pessoa física ou jurídica) na relação particular/particular através de três correntes de pensamento sobre o tema, a saber: (i) a da inexistência da vinculação; (ii) da existência da vinculação de forma direta; e (iii) da existência da vinculação de forma indireta.

4.2.1 A Relação entre *Vinculação e Eficácia* dos Direitos Fundamentais nas Relações entre os Particulares: a questão da irradiação

Antes de mais nada, um esclarecimento terminológico faz-se necessário. Não se pode confundir vinculação com eficácia⁷⁸². Enquanto o primeiro pretende responder o “SE” apontado no tópico precedente, o segundo visa dar resposta ao “COMO” os direitos fundamentais vinculam os particulares. A eficácia, na verdade, rege o modo como se opera a vinculação dos particulares.

Steinmetz⁷⁸³ anota que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais surge “ora como problema de vigência de normas dos direitos fundamentais, ora como problema de validade, ora como problema de efeitos ora como problema de eficácia”. Conforme se verá, a vinculação está ligada à ideia de eficácia conforme defende doutrina da irradiação.

Böckenförde⁷⁸⁴ assevera que os efeitos da irradiação dos direitos fundamentais possuem duas particularidades: (i) permite que cada âmbito do Direito, em especial o Direito Civil, permaneça como tal; e (ii) os efeitos da irradiação não “determinam por si mesmos sua intensidade e extensão”, ou seja, o “conteúdo, a forma e o alcance dessa irradiação”. Partindo da ideia de que os direitos fundamentais são definidos e veiculados por normas constitucionais, estas produziriam os seguintes efeitos em relação aos demais ramos do direito: eficácia direta,

⁷⁸² No que tange ao problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares existe “enorme diversidade terminológica nesse tema. É ordinário encontrar as seguintes expressões para defini-lo: (i) eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares (ou nas relações privadas); (ii) eficácia em face de terceiros; (iii) vinculação dos particulares aos direitos fundamentais; (iv) eficácia horizontal dos direitos fundamentais (em inglês, horizontal effect of fundamental rights); (v) eficácia privada ou externa; e (vi) a forma alemã *Drittwirkung der Grundrechte*. Em alguns dos escritos sobre o tema há uma seção dedicada a justificar a escolha”. Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 28.

⁷⁸³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 39.

⁷⁸⁴ Cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 124-125.

eficácia indireta, eficácia ab-rogatória (revogatória), eficácia invalidatória, eficácia interpretativa, eficácia integradora, eficácia informadora e eficácia corroboradora.

Neste estudo, não convém realizar a análise de cada eficácia mencionada, à exceção das eficácias direta e indireta, que serão estudadas detidamente no último tópico deste capítulo. Contudo, é importante registrar que o núcleo central de disputa dogmática está nas eficácias direta e indireta dos direitos fundamentais entre particulares, deste modo, “a vinculação dos particulares a direitos fundamentais é um problema dogmático inserido no âmbito do efeito de irradiação”, uma vez que ambas as eficácias decorrem da irradiação. Como disse Böckenförde⁷⁸⁵, “a denominada eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais é a filha legítima do efeito de irradiação”.

4.2.2 A Doutrina da Vinculação Indireta

A vinculação dos particulares a direitos fundamentais tem sido objeto de estudo pela dogmática e pela jurisprudência alemã desde a década de 50 do século XX sob a denominação de *Drittwirkung der Grundrechte*, que significa “efeito frente a terceiros dos direitos fundamentais”. Essa discussão teve início a partir do famoso “Caso Lüth”, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão em 1958. O assunto atravessou as fronteiras alemãs e tem sido objeto de debates em outros países, a exemplos de Portugal, Espanha, Áustria, Dinamarca, França, Itália, México, Reino Unido e Suíça. Nos Estados Unidos da América, o tema recebe a nomenclatura de *state action doctrine*⁷⁸⁶.

Ao partir da tese da eficácia de irradiação dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, o Tribunal Constitucional Federal alemão assim se manifestou no caso Lüth:

uma vinculação do juiz aos direitos fundamentais na solução do litígio no campo do direito privado não se verifica de modo direto, mas apenas na medida em que a lei fundamental, no seu capítulo sobre os direitos fundamentais, simultaneamente exigiu uma ordem objetiva, que, como

⁷⁸⁵ Cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 128.

⁷⁸⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 33.

decisão jurídico condicional fundamental, deve valer para todos os ramos do direito, influenciando assim também o direito privado⁷⁸⁷.

Não restam dúvidas de que, com o auxílio do conceito de ordem objetiva de valores⁷⁸⁸, o Tribunal Constitucional Federal alemão adota, em verdade, a tese da vinculação indireta através do efeito irradiador (*‘Ausstrahlungswirkung’*) das normas de direitos fundamentais para todos os ramos do direito.

Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a jurisprudência⁷⁸⁹.

O constitucionalista português Paulo Mota Pinto⁷⁹⁰ resume a teoria alemã dominante naquele país ao dizer que as entidades públicas são as únicas destinatárias dos direitos fundamentais, cabendo o efetivo controle e proteção dos direitos fundamentais mediante atuação exclusiva dos órgãos públicos. No seu entender, a ideia baseia-se na teoria da irradiação mais ou menos vaga e nos deveres de proteção Estatal. Em suma, “apenas se reconhece efeitos dos direitos fundamentais em relação a sujeitos privados enquanto imperativos de tutela”, na medida em que se possa “fundar um dever de proteção, que imponha ao Estado e à ordem jurídica a proteção perante ofensas por particulares”.

Para o juiz da Suprema Corte Constitucional de Portugal, essa teoria não encontra acolhimento no art. 18, n. 1, da Constituição lusitana, segundo o qual “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

⁷⁸⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 44.

⁷⁸⁸ Vale a lembrança de Alexy (2017, p. 527) de que compreender a ideia de ordem objetiva de valores como uma forma de princípios objetivos supremos é algo “extremamente incompleto”, pois se por um lado tem a vantagem de flexibilidade, por outro, tem a desvantagem da indeterminação que incentiva uma das formas mais obscuras de fundamentação jurídica: a dedução ou derivação “de conteúdos concretos a partir de princípios abstratos”.

⁷⁸⁹ BVerfGE 39, 1 (41). Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 524.

⁷⁹⁰ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

Como afirmou Hesse, em seu livro *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, “faltam regulações jurídico constitucionais especiais sobre a matéria”⁷⁹¹. Será que a ampla eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações particulares poderia gerar “uma restrição insuportável ou até mesmo a eliminação da autonomia privada, um dos princípios estruturais estruturantes do direito privado”?⁷⁹². Essa eficácia poderia gerar uma colonização constitucional do direito privado (direito empresarial, Direito do Trabalho e Direito Civil)?

No Brasil, Dimoulis e Martins⁷⁹³ abordam a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais através da doutrina dos destinatários (ou sujeitos passivos) das normas de direito fundamental e da doutrina do efeito horizontal. Em relação aos destinatários, destacam que os “direitos fundamentais não vinculam diretamente os particulares”, pois correspondem “a deveres do Estado seja na forma de *deveres de abstenção* de intervenção na esfera de liberdade garantida dos indivíduos seja como *deveres de prestação* ou de manutenção da estrutura organização”⁷⁹⁴. Em suma, os direitos fundamentais “garantem, mediante a supremacia da Constituição, que nenhuma autoridade estatal, nem mesmo poder legislativo, deve desrespeitar os direitos dos indivíduos”⁷⁹⁵.

Sem embargo da posição pessoal contrária e amparado na doutrina de Canaris⁷⁹⁶, Sarlet⁷⁹⁷ aponta para a vinculação indireta mediante a concepção dogmática baseada na teoria dos deveres de proteção do Estado. Neste caso, considerando que o Poder Judiciário estaria

⁷⁹¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 35.

⁷⁹² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 36.

⁷⁹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018, p. 120.

⁷⁹⁴ Não há necessidade de se aplicar o artigo da Constituição que garante inviolabilidade do domicílio ou a liberdade de locomoção, porque o respeito recíproco dos direitos de cada um é garantido pela legislação ordinária, seja penal, em caso de ofensas graves, seja civil, comercial, trabalhista e etc., em caso de conflitos de menor gravidade”. Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018, p. 121).

⁷⁹⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018, p. 121). E, acrescentando, os autores dizem: “Isso constitui o efeito vertical dos direitos fundamentais que se manifesta nas relações caracterizadas pela desigualdade entre o inferior e o superior, que detém privativamente o poder de legislar e um enorme potencial de violência organizada”. Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018, p. 120).

⁷⁹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

⁷⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007b. p. 126.

diretamente vinculado pelos deveres de proteção, caberia a ele o dever de tutela no sentido de proteger os particulares uns contra os outros.

Com o objetivo de contextualizar o assunto, Rodrigues Junior⁷⁹⁸ assevera que Claus-Wilhelm Canaris⁷⁹⁹ “revisita o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e formula uma nova teoria, denominada ‘doutrina dos deveres de proteção’, uma variante da eficácia indireta”. Acontece que esse tipo de aproximação “já havia ocorrido na obra do privatista Hans Carl Nipperdey e ela Larenz dedicou algumas passagens de sua Parte Geral do Código Civil”.

O fato é que na doutrina alemã é amplamente aceita a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão, entretanto, a maior polêmica no assunto se refere a como e em que extensão isso acontece. A resposta a estas perguntas será analisada a partir da eficácia dos direitos fundamentais na relação entre os particulares⁸⁰⁰.

4.2.3 A Doutrina da não Vinculação

Em 1959, Ernst Forsthoff realizou críticas a doutrina da vinculação indireta, haja vista o complexo de normas constitucionais de garantias da liberdade se transformarem em um conjunto incerto de deveres. De acordo com esse autor, a eficácia frente a terceiros somente poderia ocorrer mediante “o abandono das regras clássicas de interpretação e com a adoção do método científico-espiritual de interpretação” segundo o qual considerava os direitos fundamentais como sistema de valores⁸⁰¹.

A doutrina de Ernst Forsthoff não teve grande aceitação. Na verdade, existe um grande consenso na literatura jurídica nacional e internacional de que existem alguns direitos fundamentais, não todos, que precisam ter eficácia nas relações jurídicas interprivadas. O tema é complexo e controverso. Existiriam zonas de exclusão de direitos fundamentais nas relações jurídicas interprivadas? Se sim, quais? Como (o modo, a forma) e em que medida (alcance e extensão) os direitos fundamentais poderiam moldar e conformar as situações interprivadas?

⁷⁹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 11-12.

⁷⁹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

⁸⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 528.

⁸⁰¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 33.

Como se daria a forma e o alcance da projeção dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares?⁸⁰².

4.2.4 A Doutrina da Vinculação Direta dos Particulares

Como referencial teórico, será utilizada a obra de Wilson Steinmetz⁸⁰³. A ideia do referido autor parte das seguintes premissas: (i) como a Constituição Federal não decidiu de forma explícita sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, Steinmetz⁸⁰⁴, amparado na doutrina de Gadamer, compreende que a questão deve ser resolvida e através de um processo hermenêutico em que o “intérprete da Constituição deve explicitar as próprias pré-compreensões, fundamentá-las e, se for o caso, revisá-las ou refutá-las”; (ii) a Constituição Federal deve ser compreendida como estrutura normativa básica ou fundamental não apenas do Estado, mas também da sociedade; (iii) sob o ponto de vista político-ideológico, a Constituição brasileira representa um projeto de “liberalismo humanizado, democrático e socialmente orientado”⁸⁰⁵; e (iv) existem direitos fundamentais contidos na Constituição que obrigam diretamente os particulares (relação de sujeito passivo), a saber: direito à vida (CF, arts. 5º, *caput*), direito à liberdade (CF, arts. 5º, *caput*), direitos da personalidade (CF, arts. 5º, X), direito à inviolabilidade do domicílio (CF, arts. 5º, XI), direito a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas (CF, arts. 5º, XII), o direito de reunião (CF, arts. 5º, XVI), o direito de herança (CF, arts. 5º, XXX), direitos de não discriminação das relações de trabalho (CF, arts. 7º, XXXIV), direito de liberdade de associação sindical (CF, arts. 8º, *caput*) e direito de greve (CF, arts. 9º, *caput*).

No seu modo de pensar, qualquer entendimento contrário à vinculação dos particulares a direitos fundamentais, bem como concepções adequadas a uma vinculação unicamente mediata ou com “abertura mínima para alguma vinculação imediata são mais consistentes e

⁸⁰² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

⁸⁰³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

⁸⁰⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 98.

⁸⁰⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 99. O autor acrescenta que, “Ao lado do princípio da livre iniciativa, asseguradora da economia de mercado (CF, arts. 1º, IV, e 170, *caput*), e do princípio geral de liberdade (CF, arts. 5º, *caput*), estão o princípio da dignidade da pessoa (CF, arts. 1º, III), os direitos e garantias fundamentais (CF, Título II), o princípio democrático (CF, arts. 1º, parágrafo único), o princípio da igualdade (CF, arts. 5º, *caput*, e art. 3º, III e IV) e o princípio-objetivo de construção de uma sociedade justa e solidária (CF, arts. 3º, I)”. Cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 97-98.

consequentes com o paradigma do constitucionalismo liberal do que com o constitucionalismo social e democrático da contemporaneidade”⁸⁰⁶.

Estabelecidas as premissas, Steinmetz⁸⁰⁷ estabelece os seguintes fundamentos para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

O primeiro fundamento para a vinculação residiria no princípio da supremacia da Constituição como fonte direta e imediata dos direitos fundamentais capaz de regular não apenas o Estado, mas os âmbitos sociais, econômicos e culturais; o segundo fundamento, consequência do primeiro, residiria no postulado da unidade material do ordenamento jurídico, restando lógico inferir interferência na ordem jurídica privada.

O terceiro fundamento estaria nos direitos fundamentais como princípios objetivos, ou seja, fundamentar-se-ia na dimensão objetiva dos direitos fundamentais que não operariam apenas na dimensão subjetiva (direitos de defesa - *Abwehrrechte*), mas também através dos valores da comunidade juridicamente objetivados. Esse sistema de valores, por sua vez, teria como base o “livre desenvolvimento da personalidade humana e sua dignidade no interior da comunidade social”⁸⁰⁸. Logo, “nenhuma disposição jurídico-civil deve estar em contradição com ele (ordem objetiva de valores) e todas elas devem interpretar-se conforme ao seu espírito”⁸⁰⁹.

Os demais fundamentos estariam nos seguintes princípios constitucionais: dignidade humana, solidariedade e aplicação imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), cujo detalhamento já fora realizado neste trabalho.

Este também é o entendimento de Ingo Sarlet⁸¹⁰, para o qual a Constituição Federal não previu expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, contudo, o Estado social tende a impulsionar a sociedade a se tornar cada vez mais participativa no exercício do poder de tal sorte que a liberdade individual careça de proteção contra os poderes públicos e contra os detentores de poder social e econômico. Em sua ótica, seria nessa esfera em que as liberdades se encontrariam particularmente ameaçadas.

⁸⁰⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 100.

⁸⁰⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

⁸⁰⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 106.

⁸⁰⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 106.

⁸¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed., revista e atualizada. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018. p. 396.

Este é, em breve apanhado, os fundamentos para a defesa da tese de que os direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares, ou seja, estes não são apenas sujeitos ativos, mas também sujeitos passivos de direitos fundamentais.

4.2.5 A Vinculação e a Restrição de Direitos Fundamentais

No âmbito do direito privado, os sujeitos particulares são titulares de direito fundamental tutelado constitucionalmente. Isso faz com que a questão relativa à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não pareça tão simples, uma vez que ambas as categorias de direitos “se fundam em premissas absolutamente diversas e [...] muitas vezes aparentemente inconciliáveis”. Basta confrontar de um lado a autonomia privada e, do outro, a inalienabilidade e a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais. Em virtude da grande expansão dos direitos fundamentais e das declarações de direitos “em quase toda a relação contratual existe uma grande possibilidade de que algum direito fundamental seja tocado”. Nesse contexto, ganha relevo, a ideia de restrição de direitos fundamentais⁸¹¹.

Como se viu, o Estado não é o único violador dos direitos fundamentais. Da relação horizontal entre os cidadãos, é perfeitamente possível ocorrerem violações a estes direitos, em especial nos negócios envolvendo grandes corporações com alta concentração financeira e econômica atuando em posição de dominação. Isso não significa, contudo, que apenas as relações envolvendo essas corporações reclamariam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas⁸¹².

Adotando os dizeres de Silva⁸¹³, “quando se menciona, atualmente, vinculação de particulares a direitos fundamentais, quer-se com isso incluir todos os particulares em todas as suas relações entre si”. Entretanto, vale a advertência de que “a vinculação a direitos fundamentais entre particulares será tão maior quanto maior for a assimetria na relação”⁸¹⁴. Nesse contexto, vale salientar que a vinculação das entidades privadas não assume as mesmas feições de vinculação dos poderes públicos.

⁸¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014 p. 50-51.

⁸¹² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁸¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 53.

⁸¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 53.

Como conquistas essencialmente liberais, os direitos fundamentais e a separação de poderes possuem como finalidade evitar a intervenção estatal em esferas estritamente individuais. Logo, extremamente coerente aos ideais liberais a ideia de aceitar a liberdade de não exercitar os direitos fundamentais, ou até mesmo dispor ou renunciar. Ao citar Klaus Stern, Silva⁸¹⁵ alega que “renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais”.

Na doutrina internacional, “Böckenförde refere cinco grandes teorias sobre direitos fundamentais: teoria liberal, teoria institucional, teoria axiológica, teoria democrática-funcional e teoria social-estatal”⁸¹⁶. No Brasil, não existe uma declaração explícita sobre qual teoria dos direitos fundamentais é adotada, contudo, há uma tendência a se adotar a teoria democrático-funcional que tem como “ponto de partida uma compreensão a partir da sua função pública e política”, de modo que “os direitos fundamentais adquirem sentido e significado como fatores constitutivos de um processo democrático livre”. Deste modo, acrescenta Böckenförde, “a garantia de direitos fundamentais como esferas de liberdade tem lugar primariamente para possibilitar e proteger esse processo”⁸¹⁷. Logo, os direitos fundamentais não seriam em princípio direitos individuais contra abusos estatais, mas “elementos fundantes da ordem democrática”, sendo compreensível a sua indisponibilidade por parte dos seus titulares.

Entretanto, sob pena de incorrer em simples maniqueísmo, é preciso evitar, nos dizeres de Silva⁸¹⁸, a busca por uma resposta pronta e acabada em relação à renúncia a direitos fundamentais ou da sua livre disposição por parte de seus titulares. Primeiro, porque essas não são as únicas teorias sobre os direitos fundamentais. Segundo, porque a Constituição brasileira apresenta uma situação de certa tensão, pois não dá para afirmar que ela recorre exclusivamente a um pressuposto liberal de direitos fundamentais nem democrático-funcional. Seguindo a classificação de Böckenförde, seria possível imaginar que a Constituição brasileira teria como fundamento uma concepção social-estatal dos direitos fundamentais através da qual o Estado garante, “a partir de cada direito fundamental, as necessárias condições sociais para a realização das liberdades fundamentais”⁸¹⁹.

⁸¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 129.

⁸¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 129.

⁸¹⁷ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 129.

⁸¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁸¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 130.

Entretanto, a exigência de criação de condições materiais para o exercício das liberdades não eliminaria o próprio conceito de liberdade como direito fundamental. Assim, é possível concluir que as dimensões dos direitos fundamentais não afastam o estudo acerca do valor, da configuração e dos atributos das liberdades na qualidade de objeto de análise do direito constitucional.

Em suma, Silva⁸²⁰ assevera que qualquer modelo que pretenda esclarecer a constitucionalização do direito e a questão da vinculação dos particulares a direitos fundamentais necessita, no âmbito das relações privadas, considerar a possibilidade de renúncia ou negociação de direitos fundamentais. Caso contrário, a discussão finaliza antes mesmo de começar. Para o referido doutrinador, a irrenunciabilidade jusnaturalista dos direitos fundamentais faria com que a autonomia privada “encontrasse um obstáculo intransponível nos direitos fundamentais”. Em todas as relações em que esses direitos estejam em jogo, a autonomia privada deverá ceder e o Estado terá dever de intervir para garantir direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade de seus titulares.

4.2.6 Conclusões Parciais

Em relação ao problema do “SE”, este trabalho adota a teoria da vinculação indireta dos particulares aos direitos fundamentais pelas razões já expostas, acrescentando-se o seguinte: não há como atribuir aos particulares a função de destinatários dos direitos fundamentais, pois estes jamais poderão ser equiparados ao Poder Público. Ainda que não se desconsidere a negativa realidade decorrente de acentuada assimetria em uma relação entre particulares, é impossível equiparar um particular, por mais poderoso que seja do ponto de vista econômico, ao poder Estatal que detém legitimamente o poder da violência institucionalizada. Historicamente, percebe-se que a origem dos direitos fundamentais foi a de conter a violência estatal. Poder-se-ia argumentar que, com o passar dos tempos e com a globalização, os atuais grandes conglomerados, inclusive os internacionais, também teriam a possibilidade de exercer “violência” na sua relação com outros particulares. Contudo, mesmo assim, jamais tal “violência” seria equiparada àquela que o Estado pode realizar. Acrescente-se a isso o fato de que os serviços essenciais à subsistência da vida humana (água, energia, saneamento básico, saúde, segurança pública) estão nas mãos do Estado, e não nas dos particulares, que exercem

⁸²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 131.

eventualmente essas atividades mediante delegação estatal. Outras questões importantes: (i) é pouquíssimo provável que um conglomerado internacional ou nacional contenha ou impeça no Brasil a prática de uma simples ou encadeada onda de violência estatal; (ii) não existe a menor possibilidade de comparar a extensão, a intensidade e os efeitos de uma violência praticada pelo Estado em relação àquela praticada por particulares. Não se tem conhecimento, pelo menos sob o ponto de vista histórico, de particulares cometerem violência contra outros particulares no mesmo nível que o do poder institucionalizado estatal (Império, Igreja, Estado, etc.).

Do outro lado, é preciso ressaltar que esta posição não enfraquece a proteção de um particular em uma relação assimétrica com outro particular, pois o Estado sempre exercerá a proteção do hipossuficiente ou do vulnerável, seja através do Poder Legislativo, através da publicação de leis específicas neste sentido, do Poder Judiciário mediante aplicação e interpretação da lei, bem como do Poder Executivo mediante a expedição de Decreto, a exemplo do Decreto Presidencial 9.571/2018⁸²¹, que estabelece diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos.

Por fim, em relação ao questionamento “QUAIS”, a posição é de que a vinculação alcança apenas direitos, liberdades e garantias pelos mesmos fundamentos já expostos pela doutrina abalizada do constitucionalista português Paulo Mota Pinto⁸²².

4.3 A AUTONOMIA PRIVADA

Uma questão problemática refere-se à relação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada. Os direitos fundamentais seriam limites juridicamente legítimos à autonomia privada? Caso positivo, como e em que medida o são? Por fim, quais seriam as consequências ou implicações para os direitos fundamentais e para a autonomia privada? Estas perguntas são realizadas por Wilson Steinmetz⁸²³ e servem para o fim proposto neste trabalho, muito embora a resposta aqui apresentada seja diferente daquela ofertada pelo autor mencionado.

⁸²¹ BRASIL. Decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 nov. 2018. Seção 1, p. 1.

⁸²² PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

⁸²³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 186.

Neste tópico, na verdade, não se visa responder a estas perguntas que serão enfrentadas tangencialmente no próximo, mas preparar a conclusão deste capítulo no sentido de testar as hipóteses teóricas de eficácia (direta, indireta, direta fraca e indireta fraca) dos direitos fundamentais nas relações particulares com o objetivo de realizar a dignidade humana no Direito Civil.

Neste tópico, portanto, pretende-se compreender a autonomia privada no Direito Civil brasileiro a partir da perspectiva das duas escolas abordadas no capítulo anterior para que, ao final, sejam testadas as hipóteses mencionadas acima e se proceda a uma relação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada.

4.3.1 Questões Introdutórias

Steinmetz⁸²⁴ afirma que a autonomia privada⁸²⁵ “é princípio fundamental do direito privado, e muito especialmente do Direito Civil”. Ele lembra que o referido princípio é tratado pelos civilistas como “princípio constitutivo do direito privado, “princípio de ordenação sistemática interna”, “pedra angular do sistema civilístico”, “pedra angular do direito privado”, “dogma nuclear do ordenamento privado”.

É próprio do ser humano satisfazer as suas necessidades de acordo com a sua livre apreciação⁸²⁶. De acordo com Emilio Betti (1890-1968)⁸²⁷, em um ordenamento jurídico em que seja garantido e reconhecido aos particulares a propriedade de um conjunto de bens, percebe-se que a existência dos interesses que o direito privado disciplina existem na sociedade independentemente da tutela jurídica.

⁸²⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 189.

⁸²⁵ Assim como Steinmetz, este trabalho compreende a equivalência dos termos “autonomia privada” e “autonomia da vontade”. Cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 189.

⁸²⁶ “Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas e mundividências, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes. Essa é uma idéia central ao Humanismo e ao Direito Moderno. De fato, cumpre recordar que os poderes públicos não possuem autonomia privada e estão jungidos de forma diferente à ordem jurídica, pois só podem fazer o que ela determina ou autoriza. O princípio da legalidade, quando endereçado ao Estado, assume postura mais rigorosa no afã de, por um lado, refrear o arbítrio estatal em benefício da liberdade individual, e, por outro, condicionar o exercício do poder ao consentimento dos governados, manifestado por intermédio da lei aprovada por seus representantes. Já os particulares são titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva do reconhecimento da sua dignidade”. Cf. SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas e princípios lógicos da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 296.

⁸²⁷ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008. Título original da obra publicada em 1943: *Teoria generale del negozio giuridico*.

Ao citar Domat, Betti⁸²⁸ informa que ele chama a atenção para a infinita diversidade das matérias das convenções e “das maneiras como os homens regulam entre si as comunicações e os comércios da sua indústria e do seu trabalho e de todas as coisas, de acordo com as suas necessidades”.

Em virtude da relevância social, compete ao Direito reforçar e tornar mais sólidos os vínculos negociais que na sua gênese nascem da iniciativa privada, com o objetivo de satisfazer a necessidade de regular por si mesmo os seus interesses nas relações recíprocas através de atos de autodeterminação e autorregulamentação. Os negócios da vida privada elevam-se à condição de negócios jurídicos, tornando-se instrumentos⁸²⁹ que o próprio direito coloca à disposição dos particulares, para servirem de base aos seus interesses⁸³⁰.

A premissa para o desenvolvimento da autodeterminação e autorregulamentação é a existência de um ordenamento que reconheça a propriedade individual e garanta a troca de bens e serviços através de uma ordem e de uma segurança pré-estabelecida através das normas de Direito Privado. Como assevera Betti⁸³¹, a “autonomia privada é um fenômeno logicamente correlativo ao da existência das esferas individuais de cada um”. A inexistência dessas esferas, como acontece nos ordenamentos comunistas, exigiria uma maneira diferente de regulamentar a circulação dos bens e dos serviços. Entretanto, nenhuma ordem social pode abandonar “esta simples verdade: que a vida em movimento exige uma perene renovação das posições dos vários consorciados relativamente aos bens, no geral respeito pelos valores econômicos e sociais existentes”⁸³².

⁸²⁸ Cf. BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008. Título original da obra publicada em 1943: *Teoria generale del negozio giuridico*. p. 74.

⁸²⁹ “O negócio é instrumento de autonomia privada, precisamente no sentido de que é posto pela lei à disposição dos particulares, a fim de que possam servir-se dele, não para invadir a esfera alheia, mas para comandar na própria casa, isto é, para dar uma organização básica aos interesses próprios de cada um, nas relações recíprocas”. Cf. BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008. Título original da obra publicada em 1943: *Teoria generale del negozio giuridico*. p. 84.

⁸³⁰ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008. Título original da obra publicada em 1943: *Teoria generale del negozio giuridico*. p. 77.

⁸³¹ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008. Título original da obra publicada em 1943: *Teoria generale del negozio giuridico*. p. 77.

⁸³² BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008. Título original da obra publicada em 1943: *Teoria generale del negozio giuridico*. p. 78.

Na prática, os autores não divergem essencialmente acerca do conceito de autonomia⁸³³ privada. Para Steinmetz⁸³⁴, ela é “o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanamente, auto-regulamentem os próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões)”. O núcleo do conceito está no poder de autodeterminação e de autovinculação dos particulares que são legisladores de seus próprios interesses, criando direitos e deveres reciprocamente.

A título de função, a autonomia privada tem a capacidade de ordenar o âmbito das relações privadas de maneira não linear, assumindo, portanto, relevância distinta. Banda outra, ela exerce a função de princípio fundamental, em situações em que se exija a sua restrição⁸³⁵.

4.3.2 Entendendo a Problemática acerca da Autonomia Privada

O fato é que a problemática em relação à autonomia privada gira em torno da regulamentação, restrição⁸³⁶ ou da forma de sua proteção. Como realizar ou efetivar na prática este objetivo? O fundamento para a resposta desse problema depende *a priori* essencialmente da compreensão acerca da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, cuja discussão já foi objeto de amplo debate no capítulo anterior deste trabalho. Haja vista que a diversidade de pensamentos sobre a autonomia privada repousa em suas distintas premissas epistemológicas, voltar-se-á neste tópico à divisão das duas escolas para uma melhor compreensão acerca da autonomia privada.

⁸³³ “A palavra *autonomia*, derivada do grego *autos* (‘próprio’) e *nomos* (‘regra’, ‘governo’ ou ‘lei’), foi primeiramente empregada com referência à autogestão ou ao autogoverno das cidades-estados independentes gregas. A partir de então, o termo *autonomia* estendeu-se aos indivíduos e adquiriu sentidos muito diversos, tais como os de autogoverno, direitos de liberdade, privacidade, escolha individual, liberdade da vontade, ser o motor do próprio comportamento e pertencer a si mesmo”. Cf. BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 137.

⁸³⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 190.

⁸³⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 190.

⁸³⁶ “[...] é inevitável que o Estado intervenha em certos casos, restringindo a autonomia individual, seja para proteger a liberdade dos outros, de acordo com uma ‘lei geral de liberdade’, como diria Kant, seja para favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica de toda sociedade. Numa democracia, essas intervenções estatais no campo da autonomia privada são viabilizadas, sobretudo, por intermédio da lei editada pelos representantes do povo, traduzindo manifestação da autonomia pública do cidadão. Com isso, tais intervenções se reconciliam com a idéia de liberdade num sentido mais amplo. No conceito de lei, incluímos também, como não poderia deixar de ser, a mais importante dentre todas, que é a Constituição, uma vez que ela não depende da mediação do legislador ordinário para incidir diretamente sobre situações de fato”. SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas e princípios lógicos da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 309.

Mas uma questão precisa ficar bem esclarecida: ambas as escolas compreendem que a autonomia privada necessita de limites, em virtude da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana em seu aspecto individual e coletivo considerada como valor máximo pelo ordenamento. Ambas as escolas não negam “a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais”⁸³⁷. Contudo, qual deve ser o papel do Direito Civil nesse contexto? Como deve ser compreendida a autonomia privada nas relações contratuais (*shopping center*, consumidor, empresarial, locação, etc.), de família, sucessório e propriedade? Teria a dogmática civil a função precípua de efetuar a erradicação da pobreza no Brasil? Se sim ou não, por que e como? Como se garantir no Brasil a expansão da autonomia privada (ou negocial, como prefere Perlingieri), respeitando-se a cláusula geral de tutela e de promoção da pessoa humana?

Acrescente-se, ainda, que essas escolas não são absolutamente isoladas em seus pensamentos. Pelo contrário, possuem inúmeros pontos em comum e de interseção.

Como se vê, estas questões são intrigantes e despertam o amadurecimento dogmático para a realização da dignidade humana no Direito Civil.

Como diz Emilio Betti⁸³⁸, a ordem jurídica deve ser o árbitro para valorar os objetivos perseguidos pela autonomia privada, até porque “é óbvio que o Direito não pode dar o seu apoio à autonomia privada para a consecução de qualquer escopo que ela se propunha atingir”, pois, como ensinam António Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro, “o funcionamento livre da autonomia privada [...] sempre conduzira a injustiças potenciais, mesmo em anteriores períodos históricos em que princípio da boa-fé não ocupava centralidade no sistema jurídico-privado”⁸³⁹.

4.3.3 A Autonomia Privada e a Primeira Escola

Apenas a título de introdução, vale lembrar que a primeira escola tem como fundamento epistemológico a primazia do Direito Público sobre o Direito Privado, abordada por certos autores com maior e por outros com menor intensidade.

⁸³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **O Código Civil na perspectiva Civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 11.

⁸³⁸ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008. Título original da obra publicada em 1943: *Teoria generale del negozio giuridico*. p. 86-87.

⁸³⁹ ROCHA, Antonio Manuel da.; CORDEIRO, Meneses. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 652.

Para Heloisa Helena Barbosa⁸⁴⁰, autonomia privada pode representar um instrumento à livre construção da personalidade e, portanto, concretização de sua própria dignidade. Neste sentido, proteger a autonomia não é sinônimo de deixá-la à mercê da vontade individual, mas, sim, de tutela, segundo a cláusula geral de proteção à Pessoa Humana, nas situações em que haja o risco de dano à pessoa vulnerável, seja ela parte ou não do negócio jurídico. Desse modo, incluem-se nessa proteção especial o consumidor, a criança, o adolescente, e vários grupos minoritários, como os doentes, os portadores de necessidades especiais.

Não é uma tarefa fácil definir a autonomia privada, pois ela não pode ser compreendida em abstrato, mas em específica relação ao ordenamento jurídico e à experiência histórica. Perlingieri⁸⁴¹ tenta defini-la a partir de um ponto de partida segundo o qual, em geral, ela seria um “poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar ‘vicissitudes jurídicas’ como consequência de comportamentos em qualquer medida livremente adotados”. A sua base estaria na liberdade de regular as próprias ações e de permitir aos indivíduos abrangidos em uma conduta análoga delimitarem as regras mediante um ajuste consensual.

Logo adiante, partindo do pressuposto da superação, no âmbito da autonomia, da distinção entre natureza privada ou pública do sujeito que realiza o ato de regulamentação do interesse, Perlingieri⁸⁴² propõe a substituição do termo “autonomia privada” por “autonomia negocial”, por ser este termo capaz de se referir às hipóteses dos negócios com estrutura unilateral e dos negócios com conteúdo não patrimonial. Neste sentido, ao propor um conceito de autonomia negocial mais conexa à dinâmica das atuais relações jurídicas, seria possível descrever o referido conceito como “o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios”⁸⁴³.

Ainda de acordo com a doutrina do professor italiano⁸⁴⁴, a compreensão acerca da autonomia privada como dogma da doutrina civilista possui sua noção estritamente ligada à iniciativa privada e à atividade dos sujeitos como manifestação da própria liberdade. Esta concepção teria sua origem histórica e ideológica em uma perspectiva individualista em que a liberdade do sujeito estaria no centro de um ordenamento pretensamente neutro, “calcado em

⁸⁴⁰ Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo Código Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 229.

⁸⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 335.

⁸⁴² PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 338.

⁸⁴³ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 338.

⁸⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

abstratas categorias jurídicas, destinado a um ser impessoal, praticamente inatingível e com pretensões à perenidade”⁸⁴⁵⁸⁴⁶. A autonomia privada, nesse contexto, seria para Fachin⁸⁴⁷ o poder de estabelecer livremente, vale dizer, autorregulamentar os interesses que se “projetam na esfera da liberdade contratual”. Essa autonomia seria regulada pelo Direito do homem isolado, agrupado em uma suposta autorregulamentação de suas conveniências privadas, e guiado pela insubsistente igualdade formal.

Contudo, é preciso lembrar que nem mesmo no período mais forte do liberalismo econômico, o dos anos oitocentos e de parte dos anos novecentos, falava-se no caráter ilimitado do princípio da liberdade contratual, eis que no âmbito do direito privado havia limitações reguladas através de lei. É bem verdade que havia uma forte estipulação do *pacta sunt servanda* e do *contractus est lex inter partes*, entretanto, estes princípios nunca foram absolutos, conforme ressalta Steinmetz⁸⁴⁸.

Nelson Rosenvald⁸⁴⁹, ao abordar a vigente teoria contratual, assevera que o atual Código Civil brasileiro superou o paradigma clássico em que predominava “a autonomia da vontade e os subprincípios da liberdade contratual, da intangibilidade do pactuado e da relatividade dos contratos”. Para ele, o direito civil constitucional estabeleceu um novo paradigma capaz de atender aos preceitos da eticidade, da operabilidade e da socialidade. Deste modo, a teoria contratual estaria contemplada por quatro grandes princípios: a autonomia privada, a boa-fé objetiva, a justiça contratual e a função social do contrato.

No que tange em específico a função social do contrato, diz Rosenvald⁸⁵⁰ que a antiga redação do art. 421 do Código Civil, modificada atualmente pela Lei de Liberdade Econômica

⁸⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 231.

⁸⁴⁶ Na perspectiva do conceito do “direito de ficar só” elaborado por Warren e Brandeis, “o homem era visto como um ser hermeticamente fechado ao mundo exterior, isolado, solitário em seu interior. Era o chamado *homo clausus*, cujo melhor representante foi o personagem criado por Daniel Defoe em 1719, Robinson Crusoé. Depois de um naufrágio de que é o único sobrevivente, vive sozinho em uma ilha durante vinte e oito anos, antes de encontrar Sexta-Feira. (...) No ordenamento jurídico, este individualismo radical foi absorvido pelo Código Civil dos franceses, promulgada em 1804 fruto da vitoriosa Revolução de 1789. (...) Em nossa época, o pensamento dominante move-se em sentido contrário. De fato, segundo a sociologia, a filosofia e a psicologia contemporâneas, o indivíduo, como tal, não existe. Ele coexiste”. Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 140-141.

⁸⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 229.

⁸⁴⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 192.

⁸⁴⁹ ROSENVALD, Nelson. **Comentário ao art. 421 do Código Civil. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso**. 10. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2016, p. 437.

⁸⁵⁰ ROSENVALD, Nelson. **Comentário ao art. 421 do Código Civil. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso**. 10. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2016, p. 437.

conforme se verá, introduz o estudo dos contratos, conjugando a liberdade contratual e o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CF) mediante a cláusula geral da função social do contrato que não possui o objetivo de coibir a liberdade de contratar, mas de legitimar a liberdade contratual. Rosenvald faz questão de registrar, e isso é importante, que “a liberdade de contratar é plena, pois não existem restrições ao ato de se relacionar com o outro”⁸⁵¹, todavia, “o ordenamento jurídico passou a submeter a composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem constitucional”⁸⁵².

Diante desta “novidade normativa” inaugurada pelo Código Civil (hoje esta “novidade” foi reposicionada no Direito Civil para uma função mais supletiva em relação à autonomia privada conforme se verá em tópico específico), procedeu-se a “uma espécie de reencontro do direito privado com a noção de causa”, fazendo com que a função social se transformasse “na própria *ratio* de qualquer ato de autonomia privada”, isto é, “não mais como um limite externo e restritivo à liberdade do particular, mas como um limite interno hábil a qualificar a disciplina da relação obrigacional a partir da investigação das finalidades empreendidas pelos parceiros por meio do contrato”⁸⁵³.

Em suma, para Rosenvald⁸⁵⁴, a liberdade contratual não mais existe “em razão da vontade privada”, porém “em razão da função social que o negócio jurídico atenderá”. Outrossim, não mais estariam exclusivamente nas mãos dos privados as zonas limítrofes da liberdade contratual, uma vez que passa a competir à doutrina, ao legislador e aos tribunais a garantia das aspirações solidárias do ordenamento. Logo, a função social deve ser construída diante do não cabimento de negócios abstratos fundamentos apenas na vontade das partes. “Só assim se coaduna a previsão infraconstitucional com o que preconiza a CR/88, alcançando a unidade do ordenamento jurídico em prol da valorização do ser humano”⁸⁵⁵.

⁸⁵¹ ROSENVALD, Nelson. **Comentário ao art. 421 do Código Civil. Código Civil comentado:** doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso. 10. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2016, p. 437.

⁸⁵² ROSENVALD, Nelson. **Comentário ao art. 421 do Código Civil. Código Civil comentado:** doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso. 10. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2016, p. 437.

⁸⁵³ ROSENVALD, Nelson. **Comentário ao art. 421 do Código Civil. Código Civil comentado:** doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso. 10. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2016, p. 438.

⁸⁵⁴ ROSENVALD, Nelson. **Comentário ao art. 421 do Código Civil. Código Civil comentado:** doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso. 10. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2016, p. 438.

⁸⁵⁵ ROSENVALD, Nelson. **Comentário ao art. 421 do Código Civil. Código Civil comentado:** doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso. 10. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2016, p. 438.

Os intérpretes (da primeira escola) da função social, com o passar dos tempos, observaram que os novos paradigmas políticos e ideológicos efetuaram restrições ao princípio da liberdade contratual, contudo, não a ponto de dissolver o seu conteúdo essencial mínimo.

Essa progressiva restrição teve sua expressão máxima nas normas imperativas, nas cláusulas gerais e nos contratos de adesão. Outro ponto importante foi o aumento considerável do elenco das cláusulas gerais, a exemplos da “ordem pública”, dos “bons costumes”, do “abuso de direito”, do “excesso de poder”, da “boa-fé”, da “probidade”, da “equidade”, da “finalidade econômica”, da “finalidade social” e dos “usos do lugar”⁸⁵⁶.

Nesse contexto, verifica-se uma preocupação do legislador ordinário em regular a autonomia privada através da ordem jurídica: (i) estabelecendo requisitos formais para “algumas manifestações da economia privada”; (ii) instituindo normas capazes de fiscalizar o exercício e até conter e estipular limites para a autonomia privada em cada caso concreto; e (iii) fixando a necessidade da autorresponsabilidade privada onde o indivíduo é livre para agir desde que sofra as consequências de sua conduta quer sejam elas, para ele, vantajosas ou onerosas⁸⁵⁷.

Mesmo diante de todas estas considerações acerca da restrição à autonomia privada, em especial nas relações contratuais (âmbito que recebe maior influência hermenêutica da primeira escola), o fato é que o Direito Civil tem na autonomia privada “um princípio estrutural e estruturante”. Larenz⁸⁵⁸ eleva o princípio da autonomia privada à condição de princípio do direito justo.

Deste modo, mesmo não possuindo caráter absoluto ou ilimitado, como nunca teve, a autonomia privada mantém-se para a primeira escola como um princípio fundamental do direito privado que juntamente com a eficácia direta dos direitos fundamentais operariam como mais um tipo de limite àquela, conforme se verá no último tópico.

4.3.4 A Autonomia Privada e a Segunda Escola

Partindo da doutrina de Konrad Hesse, Rodrigues Junior⁸⁵⁹ constata a importância do Direito Civil, sob a influência da Escola Histórica na Alemanha do século XIX, enquanto

⁸⁵⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 193.

⁸⁵⁷ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008. Título original da obra publicada em 1943: *Teoria generale del negozio giuridico*. p. 86-87.

⁸⁵⁸ Cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 196.

⁸⁵⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 2.

garantidor de um conjunto de liberdades civis na órbita da propriedade, da autonomia privada e da família. Na verdade, ele assumiu “parcialmente o papel dos direitos fundamentais”.

Verifica-se com mais intensidade um controle da autonomia privada no Brasil a partir das obras alemãs *Metodologia da Ciência do Direito*, *Parte Geral do Código Civil* e *Direito das Obrigações*, que também mostraram uma maior preocupação com a socialidade e o personalismo ético kantiano⁸⁶⁰.

Diferentemente da primeira escola, a segunda compreende que o sentido de privatização do Direito⁸⁶¹, “que é mais ordinário e comum no Brasil, recai na transformação de institutos de Direito Público em homólogos de Direito Privado ou a transferência de matérias fortemente reguladas pelo Estado para âmbito da autonomia privada, como é o caso do Direito de Família”.

Nas relações familiares, verifica-se na atualidade a redução da intervenção estatal na retirada da primazia do regime de comunhão universal de bens, que partia da pressuposição da indissolubilidade do casamento. Em um futuro próximo, é possível que se realize o divórcio por mera comunicação postal, bem como será provável um crescimento da autonomia privada e da autodeterminação dos cônjuges na “realização dos pactos antenupciais, com a previsão de cláusulas não econômicas”⁸⁶².

Em relação ao direito sucessório, Luís Fernandes destaca que “é sob a égide do Direito Privado e não do Direito Público que o Estado intervém na sucessão”⁸⁶³. O que se verifica é uma repaginação do Direito sucessório à luz da autonomia privada diante do envelhecimento da população, da ampliação da expectativa de vida, da diminuição nas taxas de natalidade, dos

⁸⁶⁰ LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 9. ed. revisada e ampliada por Manfred Wolf. München: C. H. Beck, 2004. p. 21-22 apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 7.

⁸⁶¹ “Antes de se iniciar, é importante ressaltar que existe certa plurivocidade no conceito de privatização do Direito. Uma das possibilidades conceituais está no reconhecimento de um Direito fora do Estado, supranacional ou não nacional, produzido autonomamente e que não depende da legitimação estatal. Esse Direito é privado, mas não deriva de uma fonte normativa estatal. Em paralelo, haveria o Direito Privado clássico, produzido pelo Estado e dentro do Estado. O código civil, v.g., é o instrumento normativo por excelência para veicular esse Direito Privado estatal. A primeira hipótese corresponde a uma das acepções da privatização do Direito, especialmente na doutrina europeia contemporânea”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 39.

⁸⁶² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 67.

⁸⁶³ FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Lições de Direito das Sucessões**. Lisboa: Quid Juris, 1999. p. 23 apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 70.

novos arranjos familiares, da diminuição progressiva de referenciais religiosos e do anseio de proteger as empresas contra contendas familiares⁸⁶⁴.

Rodrigues Junior⁸⁶⁵ cita certos exemplos decorrentes de novas conexões entre autonomia privada e sucessões: i) a ideia de “herança digital” como alargamento do objeto do testamento no sentido de permitir o armazenamento virtual (senhas, perfis em redes sociais, contas de e-mail) e a posterior transferência aos herdeiros que poderão ter poderes para geri-los; ii) a “rediscussão do tratamento igualitário entre descendentes e cônjuge ou companheiro supérstites do falecido”. No seu entender, esse rigorismo isonômico não teria compatibilidade com os vínculos conjugais ou equiparáveis sucessivos e de menor duração no decorrer da vida das pessoas, o que provoca um enfraquecimento dos vínculos de “solidariedade sucessória que presidiram a elaboração das normas legais em vigor”; iii) as *holding familiares*, que instigam a “profissionalização da gestão e conferem aos membros da família a titularidade de quotas na holding. Esse arranjo volta-se a preservar a empresa de disputas peculiares ao processo de inventário e partilha”; iv) uma reconfiguração no direito sucessório do chamado direito real de habitação⁸⁶⁶, “de modo a flexibilizar o regime atual, que não consegue distinguir uma série de situações advindas da transitoriedade das relações conjugais ou de companheirismo”.

Registre-se que, diferentemente do Brasil, na Europa o Direito Sucessório tem gerado espaços comuns com o Direito Societário. É o que se pode depreender do trecho a seguir:

⁸⁶⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 70.

⁸⁶⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 71.

⁸⁶⁶ Julgado paradigmático do Superior Tribunal de Justiça sobre a relação entre o direito real de habitação sob a égide do Código Civil de 1916 onde o cônjuge viúvo que casasse de novo ou constituísse união estável perderia o direito real de habitação, e o direito real de habitação sob o abrigo do Código Civil de 2002 que retirou essa causa de extinção. Direito das sucessões. Recurso especial. Sucessão aberta na vigência do código civil de 1916. Cônjuge sobrevivente. Direito real de habitação. Art. 1.611, § 2º, do código civil de 1916. Extinção. Constituição de nova entidade familiar. União estável. Recurso especial provido. 1. O recurso especial debate a possibilidade de equiparação da união estável ao casamento, para fins de extinção do direito real de habitação assegurado ao cônjuge supérstite. 2. Em sucessões abertas na vigência do Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação enquanto permanecer viúvo. 3. A atribuição do direito real de habitação consiste em garantia do direito de moradia por meio da limitação do direito de propriedade de terceiros, uma vez que herdeiros e legatários adquirem o patrimônio do acervo hereditário desde a abertura da sucessão, por força do princípio da *saísine*. 4. Conquanto o marco para extinção fizesse referência ao estado civil, o qual somente se alteraria pela contração de novas núpcias, não se pode perder de vista que apenas o casamento era instituição admitida para a constituição de novas famílias. 5. Após a introdução da união estável no sistema jurídico nacional, especialmente com o reconhecimento da família informal pelo constituinte originário, o direito e a jurisprudência paulatinamente asseguram a equiparação dos institutos quanto aos efeitos jurídicos, especialmente no âmbito sucessório, o que deve ser observado também para os fins de extinção do direito real de habitação. 6. Tendo em vista a novidade do debate nesta Corte Superior, bem como a existência de um provimento jurisdicional que favorecia o recorrido e o induzia a acreditar na legitimidade do direito real de habitação exercido até o presente julgamento, deve o aluguel ser fixado com efeitos prospectivos em relação à apreciação deste recurso especial. 7. Recurso especial provido (REsp 1617636/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 03/09/2019).

(...) o Direito das Sucessões se transforma em uma matéria tremendamente interessante, mas que, infelizmente, é pouco pesquisada. Além disso, é claro, o assunto é de grande importância prática, particularmente em um país como a Alemanha onde os membros da geração que está prestes a falecer construíram suas fortunas nos tempos de paz após a Segunda Guerra Mundial. Ao mesmo tempo, as pessoas tentam instituir “trusts” [patrimônios fideicomissários] e utilizar outros artifícios (fala-se, inclusive, em “substitutos testamentários”) para transmitir seu patrimônio às gerações mais novas, o que também dá margem a questões muito interessantes⁸⁶⁷.

Dentro do contexto da dicotomia Direito Público-Direito Privado, em específico acerca da teoria da importância conforme apresentada na doutrina de Antônio Menezes Cordeiro, Rodrigues Junior⁸⁶⁸ aborda de maneira crítica (não o resultado, mas) a fundamentação conferida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Herman Benjamim, no julgamento do REsp. 302.906/SP⁸⁶⁹, que considerou válidas restrições convencionais ambientais, decorrentes da autonomia privada, em face de normas legais de natureza administrativa. De acordo com o relator do julgado, a convenção privada que estipulou uma maior proteção ao meio ambiente objeto do litígio teria natureza pública em virtude da maior importância conferida ao interesse público. Do referido julgado, extrai-se a seguinte apreciação:

Nessa renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome, porquanto não se deve vê-las, de maneira reducionista, tão-só pela ótica do loteador, dos compradores originais, dos contratantes posteriores e dos que venham a ser lindeiros ou vizinhos.

Para Rodrigues Junior⁸⁷⁰, o julgador partiu de uma fundamentação de caráter retórico ao se valer de “uma argumentação fundada no interesse público e na natureza verdadeiramente pública das convenções privadas instituidoras de ‘restrições urbanístico-ambientais’”. Para ele, essa justificação é vazia de efetividade, uma vez que “revela um traço comum em certas argumentações que pretendem conferir maior importância aos dispositivos de Direito Privado

⁸⁶⁷ RODRIGUES JR., Otavio Luiz; RODAS, Sergio. Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt. p. 345-346, trecho citado da p. 345 apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 114.

⁸⁶⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 99-101.

⁸⁶⁹ Recurso Especial 302.906/SP.

⁸⁷⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 101.

em relação aos de Direito Público, que é a de transmutar a natureza dos primeiros”. É inadequado aduzir que “um instituto privatístico, ao exercer funções de proteção ambiental, assume natureza ou funções de Direito Público”. No seu entender, o acórdão em discussão poderia ter inovado e solidificado seus fundamentos se houve um reconhecimento “do caráter (eventualmente) óptimo de cláusulas negociais proibitivas de condutas antiambientais”, até porque o reconhecimento da possibilidade de uma “superioridade axiológica de convenções privadas não seria menos válido e ainda teria a vantagem de não exigir custos argumentativos tão elevados”.

Na verdade, e sobre esse ponto não se manifestou o professor Rodrigues Junior, o núcleo central e argumentativo no julgamento do REsp. 302.906/SP não foi a dicotomia público-privado (ressalte-se que isso não foi dito pelo referido doutrinador, muito embora tenha sido o cerne do seu discurso), mas a concretização do *princípio da vedação ao retrocesso ambiental*. Acontece que a realização e a concretização efetiva deste princípio não exige necessariamente: (i) que o fato gerador que estipulou a proteção tenha exclusivamente natureza de ordem pública; (ii) ou que o ato de natureza privada se “transforme” em ato de natureza pública. O argumento de que a natureza de ordem pública da referida convenção privada decorreria do amplo interesse coletivo não deve prosperar, pois, se partirmos deste argumento, poderemos correr um grande risco de considerar de natureza pública todo o ato decorrente da autonomia privada que tenha profundos reflexos na coletividade. Aqui não é o espaço para este debate, mas em que consiste a natureza de um ato ou fato público? Qualquer ato de natureza estritamente privada e decorrente da autonomia privada pode ou deve se “transmutar” em natureza pública? Em que circunstâncias? Outro problema a ser discutido se refere ao alcance desse reflexo na coletividade. A partir de critérios, poder-se-ia estabelecer que uma relação jurídica privada possui reflexos coletivos capazes de transformar esse ato de natureza privada em natureza pública?

Em resumo, o resultado final do julgamento do REsp. 302.906/SP consagrou o princípio da vedação ao retrocesso ambiental, contudo sua fundamentação poderia ter atribuído à autonomia privada um caráter ambientalmente protetivo. Isso teria um efeito não apenas jurídico, mas também simbólico, uma vez que estimularia os particulares em suas atividades empresariais a compreenderem que sua autonomia privada pode estar em consonância com a proteção ambiental, não porque a lei proíbe ou criminaliza, mas porque deve ser da natureza própria desta autonomia buscar sempre a convivência protetora e harmônica com um meio ambiente saudável.

No que tange ao direito de família, não seria correto associá-lo à ideia de publicização, até porque suas regras mal se acomodam no Código Civil, “que dirá no próprio Direito Civil”. Paulo Lôbo⁸⁷¹, embora fundamente seus argumentos de forma diversa à de Rodrigues Junior, eis que, mais inclinado à primeira escola mencionada no capítulo anterior, advoga a tese favorável à permanência da natureza privatística do Direito de Família. Para ele,

(...) o direito de família é genuinamente privado, pois os sujeitos de suas relações são entes privados, apesar da predominância das normas cogentes ou de ordem pública. Não há qualquer relação de direito público entre marido e mulher, entre companheiros, entre pais e filhos, dos filhos entre si e dos parentes entre si. Não lhe retira essa natureza o fato de ser o ramo do direito civil em que é menor a autonomia privada e em que é marcante a intervenção legislativa.

Desde a Emenda Constitucional do Divórcio de 1977, que o Direito de Família atravessa por um renovado processo conduzido pela modificação dos valores sociais e com a considerável ampliação dos espaços da autonomia privada. Como explica Rodrigues Junior⁸⁷², o Direito de Família não pode ser considerado como uma espécie de cavalo de Troia para o ingresso do Direito Público no Direito Privado. Na verdade, ele foi “o epicentro de uma guerra entre valores morais e norma, Direito Canônico-Direito Eclesiástico e Direito positivo estatal”. De acordo com sua compreensão, as regras de “proteção” à família, existentes em 1934, 1937 e 1946, tornaram-se em uma maneira de tutela do Estado, “segundo valores platônicos, ora fascistas, ora socialistas, e depois solidaristas (no sentido do solidarismo cristão pós-1945), mas não interferiram no caráter privado do Direito de Família”.

Verifica-se o reconhecimento da autonomia privada nas matérias contratuais empresariais e de *shopping centers*, a exemplo das cláusulas de raio e daquelas que estabelecem o aluguel dúplice:

O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos de cunho empresarial é restrito, face à concretude do princípio da autonomia privada e, ainda, em decorrência de prevalência da livre iniciativa, do *pacta sunt servanda*, da função social da empresa e da livre concorrência de mercado. (STJ. REsp 1535727/RS, rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 10/05/2016, DJe 20/06/2016).

Não é abusiva a mera previsão contratual que estabelece a duplicação do valor do aluguel no mês de dezembro em contrato de locação de espaço em shopping center. Assim, é válida a chamada cláusula de “aluguel dúplice” (ou

⁸⁷¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41 apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 64-65.

⁸⁷² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 142.

“13º aluguel”) nos contratos de locação de espaço em shopping center. Fundamento: princípio da autonomia privada. STJ. 3ª Turma. REsp 1409849-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/4/2016.

Um exemplo significativo e recente no Brasil acerca da força criativa da autonomia privada, de acordo com Rodrigues Junior⁸⁷³, seria a lei de multipropriedade (Lei no 13.777, de 20 de dezembro de 2018) “que punha em causa, segundo parte da doutrina, a própria tipicidade dos direitos reais”. Gustavo Tepedino⁸⁷⁴, cuja tese defendida foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp. 1546165/SP⁸⁷⁵, acentuou o profundo aperfeiçoamento dos direitos reais provocados pelos negócios jurídicos que com o decorrer do tempo foram sendo elaborados e “passando-se ao largo da discussão acerca da vigência do princípio do *numerus clausus*”. Para o emérito professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, é inegável a constituição de tipos abertos de servidões prediais e de amplas incorporações imobiliárias através de operadores econômicos que delinearam, sem qualquer previsão legal específica, “um quadro riquíssimo de servidões rurais, condomínios com dimensões fabulosas, empreendimentos de *shoppings centers*, multipropriedades imobiliárias e condomínios de fato”.

O que ocorre é que a “História do Direito Privado é plena de exemplos de negócios jurídicos concebidos no âmbito dos usos e das práticas do povo que foram tipificados legalmente após longo tempo de bem-sucedida experiência social”. Veja-se, por exemplo, que, na atualidade, a fusão dos institutos privados associados às novas tecnologias determinou o surgimento “de um contrato de locação de espaços em propriedades urbanas, por meio eletrônico, conhecido internacionalmente pelo nome da empresa pioneira no setor (Airbnb)”⁸⁷⁶. O Superior Tribunal de Justiça iniciou no último dia 10 de outubro de 2019 julgamento do REsp. 1.809.075⁸⁷⁷. Ressalte-se que até a conclusão deste trabalho, o julgamento não foi concluído em virtude do pedido de vistas do Ministro Raul Araújo. O relator do caso, o ministro

⁸⁷³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 112.

⁸⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais. In. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b. t. II, p. 143 apud Otavio Luiz, 2019, p. 112-113. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

⁸⁷⁵ “O STJ acolheu a tese de Gustavo Tepedino ao conceder natureza de direito real à multipropriedade imobiliária, ainda que nascida da autonomia da vontade”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 113.

⁸⁷⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 113.

⁸⁷⁷ <https://www.migalhas.com.br/quentes/312810/stj-para-relator-e-ilicito-proibir-condomino-de-aluguel-por-temporada-como-airbnb>.

Luis Felipe Salomão, ao se referir à temática alienígena (Berlim, São Francisco, Barcelona, Amsterdã e outras), afirmou que “há uma pulverização de regulamentação dessa atividade, mas tem um ponto comum – a busca pela regulação. Há necessidade de regulação”. No seu entender, é “ilícita a prática de privar o condômino do regular exercício do direito de propriedade, em sua vertente de exploração econômica”.

Registre-se que na França há esforço doutrinário visando a reelaboração teórica dos direitos de garantia como uma província autônoma dentro do Direito Civil. Sobre este tema, Rodrigues Junior aponta para a regulação proposta por Michel Grimaldi⁸⁷⁸. No Brasil, o tema das garantias tem sido abordado com profundidade através da doutrina de Fábio Rocha Pinto e Silva⁸⁷⁹. De acordo com a professora Teresa Ancona Lopez, “sem exagero, o livro que acaba de ser publicado vai ser um divisor de águas dentro do direito das garantias” pois “é a primeira vez que em nosso direito temos um estudo sistemático de todas as garantias (obrigacionais e reais, civis e comerciais)”⁸⁸⁰.

Em específico, no tocante à relação paradigmática entre a autonomia privada e as garantias reais:

Nas garantias reais, há uma modificação do paradigma em direção à autonomia privada, que PH. DUPICHOT (Le pouvoir des volontés..., cit, p. 424 ss., nos 537 ss) configura como um movimento de sua contratualização, fenômeno que justificaria também a propriedade-garantia. Assim (v., Ibid, p. 435 ss, nos 552 ss.), embora estruturadas tradicionalmente como atos-condição, em que um pequeno papel seria reservado à vontade, a contratualização faz com que determinadas características das garantias reais sejam flexibilizadas, tanto em relação ao formalismo, como a dispensa do desapossamento no penhor ou a possibilidade de constituir hipoteca sobre bem futuro, quanto em relação à transmissão e à realização da garantia, a exemplo das possibilidades de modificação do grau hipotecário (mediante permuta, posposição ou reserva de grau) e de venda extrajudicial e privada do bem empenhado pelo credor⁸⁸¹.

⁸⁷⁸ GRIMALDI, Michel. Problèmes actuels des sûretés réelles. Rapport Français. AA.VV. Les garanties de financement: Travaux de l'Association Henri Capitant – Journées Portugaises. Paris: LGDJ, 1998. t. XLVII, p. 155; GRIMALDI, Michel. Projet de réforme du droit des sûretés. Revue des Contrats, no 3, 2005, p. 782 apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 113.

⁸⁷⁹ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. **Garantias das obrigações: uma análise sistemática do direito das garantias e uma proposta abrangente para a sua reforma**. São Paulo: Editora IASP, 2017.

⁸⁸⁰ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. **Garantias das obrigações: uma análise sistemática do direito das garantias e uma proposta abrangente para a sua reforma**. São Paulo: Editora IASP, 2017.

⁸⁸¹ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. **Garantias das obrigações: uma análise sistemática do direito das garantias e uma proposta abrangente para a sua reforma**. São Paulo: Editora IASP, 2017, p. 88.

Com efeito, é indiscutível a relação direta entre a ampliação da autonomia privada e de seus efeitos formativos no plano negocial e a dilatação dos espaços do Direito Privado. Não se pode simplesmente abandonar por completo a doutrina clássica do Direito Civil em favor de um desenvolvimento radical de uma concepção de autonomia contratual como função social desenvolvida pelo particular com bases ideológicas nos “princípios sociais do nacional-socialismo e da autonomia privada condicionada pela função social”. Rodrigues Junior relembra que Larenz⁸⁸² considera a dicotomia público-privado como um obstáculo à unidade do Direito como “ordenamento da vida nacional”, assim como acontecia no regime fascista italiano em que “o fim da dicotomia apresentava-se como uma justificação para que o poder interventivo do Estado não encontrasse limites. Era a oportunidade para uma regulação total da vida privada”⁸⁸³.

4.3.5 A Autonomia Privada e o Processo Civil Brasileiro

A ampliação e o fortalecimento da autonomia privada com a respectiva delimitação do seu espaço, imune, em regra, à intromissão da ação estatal, encontram-se em evidência no Processo Civil através dos “meios alternativos de resolução de conflitos”, a saber, a mediação, a conciliação e a arbitragem (*Alternative Dispute Resolution* – ADR). Outrossim, são denominadas de “meios alternativos de resolução de controvérsias” – MASCs ou “meios extrajudiciais de resolução de controvérsias” – MESCs. Para Antônio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, “estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam ‘alternativos’, mas sim adequados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas”⁸⁸⁴. Através deste mecanismo, dizem os referidos autores, contribui-se para a configuração de um espaço reservado para a construção conjunta da solução do conflito, resguardando-se em qualquer hipótese a autonomia da vontade.

⁸⁸² “(...) veja-se que Larenz, em seu *Direito das Obrigações* (edição de 1987), é o defensor da preservação dos espaços da autonomia privada. Ele, porém, em 1935, escreveu uma das páginas mais sórdidas da literatura jurídica ao definir que somente o integrante da ‘comunidade do povo alemão’ (aquele que possui sangue ariano) é sujeito de direito. Tal enunciado, segundo Larenz, poderia ser colocado no ápice do ordenamento jurídico, em substituição ao conceito de capacidade jurídica do §1o, BGB, referente a ‘todo ser humano’”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 308.

⁸⁸³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 134.

⁸⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “Mediação sem mediador”. **Revista de Processo**, v. 259, n. 2016, p. 471-489, 2016. p. 471.

Segue importante julgado do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à arbitragem, notadamente à força vinculante das cláusulas compromissórias:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO SUCESSIVO DE CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. 1. Ação ajuizada em 19/07/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 03/07/2017. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se a presente ação de obrigação de fazer pode ser processada e julgada perante a justiça estatal, a despeito de cláusula compromissória arbitral firmada contratualmente entre as partes. 3. A pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao árbitro. 4. Como regra, diz-se, então, que a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (princípio da Kompetenz-Kompetenz). 5. O juízo arbitral prevalece até mesmo para análise de medidas cautelares ou urgentes, sendo instado o Judiciário apenas em situações excepcionais que possam representar o próprio esvaimento do direito ou mesmo prejuízo às partes, a exemplo da ausência de instauração do juízo arbitral, que se sabe não ser procedimento imediato. 6. Ainda que se admita o ajuizamento - frisa-se, excepcional - de medida cautelar de sustação de protesto na Justiça Comum, os recorrentes não poderiam ter promovido o ajuizamento da presente ação de obrigação de fazer nesta sede, em desobediência à cláusula compromissória firmada contratualmente entre as partes. 7. Pela cláusula compromissória entabulada, as partes expressamente elegeram Juízo Arbitral para dirimir qualquer pendência decorrente do instrumento contratual, motivo pela qual inviável que o presente processo prossiga sob a jurisdição estatal. 8. Recurso especial conhecido e não provido⁸⁸⁵.

Como se observa, para a segunda escola, a autonomia privada, assim como as demais categorias jurídicas de Direito Civil, possui autonomia epistemológica, restando danoso para a dogmática civilista a confusão metodológica entre Direito Privado e Direito Público pelas razões já apresentadas. Some-se a elas, na linha de Virgílio Afonso da Silva⁸⁸⁶, a doutrina de Sandoz que distingue a lógica do Direito Público e a lógica do Direito Privado. O direito privado tem a função precípua de corrigir desigualdade fática, recorrendo a institutos de Direito Civil, tais como interdição do abuso de direito, do dolo, e da proteção contra o erro, ao passo que o Direito Público corrige desigualdade de direito, recorrendo aos direitos fundamentais. Além

⁸⁸⁵ STJ - REsp: 1694826 GO 2017/0143186-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2017.

⁸⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 74.

disso, no Direito Privado, a desigualdade de fato tem que ser provada, enquanto que, no direito público, a desigualdade de direito é presumida, eis que se presume que o Estado é uma constante ameaça potencial.

4.3.6 O Status Constitucional da Autonomia Privada

No Brasil, não existe disposição constitucional expressa com referência direta à proteção da autonomia privada, assim como acontece com as constituições italiana, alemã, portuguesa, espanhola e russa. Entretanto, não se pode afirmar que a autonomia privada não possua substrato constitucional, ou seja, que não seja um princípio ou bem constitucionalmente protegido⁸⁸⁷.

De fato, dispositivo constitucional expresso não existe, contudo, é perfeitamente possível extrair do texto constitucional brasileiro tutela à autonomia privada a partir das seguintes premissas da Constituição Federal: princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV⁸⁸⁸ e art. 170, *caput*⁸⁸⁹), direito geral de liberdade (art. 5º⁸⁹⁰), direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII⁸⁹¹), direito de propriedade (art. 5º, XXII⁸⁹²), direito de herança (art. 5º, XXX⁸⁹³), direito de convenção e de acordo coletivo (art. 7º, XXVI⁸⁹⁴) e princípio da proteção da família, do casamento da união estável (art. 226, *caput*, § de 1º a 4º⁸⁹⁵).

⁸⁸⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 199.

⁸⁸⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

⁸⁸⁹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

⁸⁹⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

⁸⁹¹ “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; [...]”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

⁸⁹² “XXII - é garantido o direito de propriedade; [...]”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

⁸⁹³ “XXX - é garantido o direito de herança; [...]”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

⁸⁹⁴ “XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; [...]”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

⁸⁹⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado,

Como se vê, percebe-se nesses artigos um conteúdo básico de poder geral de autodeterminação e de autovinculação das pessoas, o que significa a ocorrência da efetiva tutela constitucional⁸⁹⁶.

Existem dois outros fundamentos que demonstram a tutela constitucional da autonomia privada, constituindo-a em um bem ou princípio constitucionalmente protegido. O primeiro deles está no direito de propriedade, uma vez que dele decorrem o poder e o direito de livre disposição, a serem exercidos pelo proprietário mediante um instrumento contratual. A liberdade contratual decorrente da autonomia privada é princípio essencial do direito contratual. Logo, “se a Constituição tutela a propriedade seja como direito fundamental seja como garantia do instituto então ela também tutela autonomia privada”⁸⁹⁷.

O segundo deles reside no princípio fundamental da livre iniciativa, que é a base não apenas da seara econômica, mas principalmente da República Federativa do Brasil. Não há como se pensar em livre iniciativa sem autonomia privada. Ambos os conceitos estão ontologicamente ligados. Um não sobrevive sem o outro e vice-versa. Deste modo, é evidente a tutela constitucional da autonomia privada⁸⁹⁸.

Feitas estas considerações, faz-se a seguinte indagação: se a autonomia privada é objeto de tutela constitucional, como resolver um conflito entre a autonomia privada em um direito fundamental? Esta questão será respondida no próximo tópico, que terá como objetivo central o teste das hipóteses de eficácia para a realização da dignidade humana no direito civil brasileiro.

4.3.7 A Autonomia Privada e a Lei de Liberdade Econômica

Em setembro de 2019, foi publicada no Brasil a Lei Federal 13.874⁸⁹⁹, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, cujo objetivo foi o de estabelecer normas

é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

⁸⁹⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 200.

⁸⁹⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 201.

⁸⁹⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 201.

⁸⁹⁹ Lei Federal 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio

(neste trabalho reconhecida como regras e princípios na acepção de Alexy) de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

Não se tem o objetivo neste tópico de analisar detidamente a referida lei em sua integralidade, até porque isso significaria fugir ao propósito do presente estudo. Contudo, certas questões merecem esclarecimento, especialmente no que tange à problemática da restrição à autonomia privada.

Mas antes de efetuar tais esclarecimentos, é importante distinguir dois objetivos fundamentais da referida lei, relacionados ao ato de estabelecer parâmetros para aplicação e interpretação das seguintes relações jurídicas: (a) Estado/particular; (b) particular/particular. Esta divisão resta evidente logo no § 1º do art. 1º quando estabelece que “o disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil [...] nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública”⁹⁰⁰.

4.3.7.1 Relação Estado/Particular

Na relação entre Estado e Particular, observa-se que a lei regula as atividades do Estado enquanto regulamentador da atividade privada. No § 2º do art. 1º, a questão aprofunda-se um pouco mais e demonstra uma intensa aproximação com a teoria defendida pela segunda escola apresentada neste trabalho, ao asseverar que todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas se interpretam mediante diretrizes privatísticas, a saber: da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade.

Observa-se que, no tocante aos contratos, a clareza do texto (§ 2º do art. 1º) operada pelo legislador ordinário salta aos olhos quando ele vincula em uma única sequência gramatical a seguinte fórmula: termo “da boa-fé” seguido de uma conjunção aditiva “e” sucedida por “do respeito aos contratos”. Trata-se de uma clara vinculação “do respeito aos contratos” à cláusula geral da boa-fé, categoria jurídica secular e típica do Direito Civil, e não do Direito Público. Observa-se ainda que o § 2º do art. 1º faz menção expressa a “todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas”. Em outras palavras, o referido dispositivo traça normas

de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 2019. Edição extra-B.

⁹⁰⁰ Lei Federal 13.874, de 20 de setembro de 2019.

de aplicação e interpretação a um destinatário certo: o Estado enquanto regulador da atividade privada. Nesta lei, verifica-se que o próprio Estado regula suas ações nas relações na regulamentação da atividade privada.

Este pensamento é ainda mais solidificado quando se verificam os princípios elegidos pelo Parlamento no art. 2º da referida lei: (i) a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; (ii) a boa-fé do particular perante o poder público; (iii) a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e (iv) o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

4.3.7.2 Relação Particular/Particular

Com base nos princípios elencados no art. 2º, a Lei Federal 13.874/2019 realizou mudanças consideráveis no Código Civil, em especial no art. 421 em que não mais consta o termo “em razão”. Segue abaixo um quadro evolutivo da redação do referido dispositivo:

Lei 10.406/2002. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida **em razão** e nos limites da função social do contrato.

Medida Provisória 881/2019. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida **em razão** e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da **intervenção mínima** do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será **excepcional**.

Lei 13.874/2019. Art. 421. A liberdade contratual será exercida **nos limites** da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da **intervenção mínima** e a **excepcionalidade** da revisão contratual.

A dita “razão” da “função social” do contrato, tão aclamada pela primeira escola, e de pouca, ou quase nenhuma, utilidade prática, não mais existe no texto normativo (sobre o significado do termo razão, verificar a interpretação retro conferida por Nelson Rosenvald). A função social jamais “deveria” ser a essência (“razão”) de todo e qualquer contrato celebrado entre particulares. Além de ferir a lógica, fere o bom senso. Um exemplo prático: quando João e Maria celebram um contrato de locação residencial, qual a essência (razão de ser) desse instrumento? Com certeza não é a função social, mas sim a vontade das partes expressadas através do princípio constitucional da autonomia privada. Por outro lado, João e Maria não podem dispor de sua autonomia privada da forma como bem entendem, pois o ordenamento

jurídico estabelece limites para o exercício da liberdade contratual, e um destes limites é a função social do contrato.

O que significa a Lei da Liberdade Econômica na prática? Seria ela um atentado à função social do contrato, em reforço a um retorno à lógica oitocentista de autonomia da vontade? A resposta é não.

Primeiro, porque, muito embora já houvesse limites à autonomia privada, estes eram menos efetivos diante da ideologia liberal fundamentada na “mão invisível do mercado”. A história já mostrou que o “mercado” necessita de limites e regulações estatais. Assim como o mercado necessita de limites, historicamente está comprovado que o Estado também precisa. Tanto o “mercado” quanto o Estado precisam ser monitorados, limitados e vistos com extrema “desconfiança”, porque sempre serão comandados por indivíduos que podem utilizar estes instrumentos (mercado ou Estado) para realizar a dignidade humana ou violá-la.

Segundo, porque a referida lei não excluiu a categoria jurídica da função social do contrato, e nem poderia, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. A esse respeito, observa-se, uma vez mais, a redação do inciso IV do art. 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]”.

Em outras palavras, o texto diz que tanto o trabalho quanto a livre iniciativa, compreendidos como valores sociais, serão o fundamento da República juntamente com a soberania, cidadania, dignidade humana e pluralismo político. Isto posto, é preciso logo esclarecer que a livre iniciativa, enquanto valor social, é fundamento da República, e isso não significa que o contrato deva ter como “razão” ou “essência” a função social por uma questão lógica: interpretar e aplicar a livre iniciativa enquanto valor social não significa que a sua gênese ou ontologia deva ser social. A essência da livre iniciativa, repita-se: é a autonomia privada manifestada pela vontade, contudo, ela necessita de limites, e estes limites, no caso do Direito Civil brasileiro, devem ser impostos, como já dito, pelas cláusulas gerais: “bons costumes”, “abuso de direito”, “excesso de poder”, “boa-fé”, “probidade”, “equidade”, “finalidade econômica”, “finalidade social” e “usos do lugar”.

No final das contas, ao estabelecer duplo papel à função social (como razão de ser e limite do contrato), o Código Civil gerou uma verdadeira confusão semântica, pois, na prática, não se sabia como operar este conceito apresentado pelo referido diploma legal. Se já existia, e

existe, uma dificuldade natural em aplicar e interpretar a “função social do contrato”, imagina fazer isso tomando como premissa o seu duplo papel, hoje não mais existente.

É preciso esclarecer o porquê de se adotar neste trabalho a vontade como núcleo da autonomia privada. A razão é muito simples: porque a vontade é o único elo em comum que existe em toda manifestação da autonomia privada, em especial, nos contratos. Desse modo, rejeita-se a ideia de que a “necessidade” é a essência do contrato, pois nem todo contrato é celebrado pela necessidade. Um contrato de compra e venda de um imóvel não necessariamente decorre de uma necessidade se o comprador já tiver uma dezena deles. Em relação à autonomia privada contratual, é preciso separar: (i) a razão de ser dos contratos (vontade); (ii) origem da vontade; (iii) limites da vontade.

Terceiro, porque a “função social” ou “finalidade social” foi desalojada da essência do contrato e mantida no lugar devido: exercer o papel de limite à autonomia privada juntamente com as demais cláusulas gerais de Direito Civil. A essência da autonomia privada, ou seja, a livre manifestação de vontade das partes, jamais deverá ser confundida com as cláusulas gerais de direito civil, vale dizer, o núcleo da autonomia privada (aspecto interno) não se confunde com os seus limites (aspectos externos). Esse desalojamento tem como fundamento o princípio estabelecido no inciso IV da referida Lei que é muito claro ao estipular que a intervenção do Estado se dará de forma subsidiária e excepcional. Na prática, a “função social” enquanto razão de ser dos contratos abria uma forte brecha aos subjetivismos do Estado que, através do Poder Judiciário, poderia utilizar o Direito Civil como instrumento para execução de verdadeiras “políticas públicas” ou para propulsão de lutas sociais, como pretendeu o movimento denominado Direito Civil Alternativo como fruto do Direito Achado na Rua (DAnR), consoante doutrina inicial de Roberto Lyra Filho⁹⁰¹.

A “função social” do contrato não pode ser compreendida como um instrumento ideológico para realização de mudança social ou de lutas em prol de transformação, visando a uma radical estruturação da sociedade com o objetivo de combater a miséria nacional. Este discurso é aparentemente muito agradável aos olhos, porém, como um cavalo de Tróia, traz em sua base uma postura ideológica comunista. Do mesmo modo, a “função social” do contrato não pode ser excluída do ordenamento jurídico sob o argumento de que impede o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, não sendo, portanto, de interesse do Direito Civil.

⁹⁰¹ LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar Direito hoje? In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Introdução Crítica ao Direito**. 4. ed. Brasília: UNB, 1993. (Série o direito achado na rua, v. 1).

O Direito Civil e suas categorias jurídicas não podem ser objeto de manipulação ideológica que variam para a “esquerda”, para o “centro” ou para a “direita”, a bel-prazer do soberano de plantão. A “função social” do contrato interessa ao Direito Civil, sim. Possui legitimidade constitucional e jamais poderá ser excluída, sob pena de grave retrocesso, contudo, necessita exercer a sua função como as demais cláusulas gerais do Direito Civil, sob pena de a referida dogmática se tornar refém de intérpretes “bem-intencionados” que possuem visões de mundo absolutamente díspares.

João e Maria, quando celebram contrato de locação residencial, não estão interessados em saber qual a ideologia dominante do momento. Eles desejam saber quais são as regras fixas do jogo para que possam ponderar os riscos e manifestarem livremente sua vontade. O que pode acontecer com uma exacerbada sociabilidade da autonomia privada é o abuso subjetivo, senão veja-se: João, na qualidade de vulnerável e sem possuir um único imóvel, firma contrato de locação residencial com Maria, uma bem-sucedida empresária e detentora de diversos imóveis, visando no futuro permanecer na posse direta do referido bem sem pagar os locatícios sob o amparo da função social do contrato, isto é, sob o argumento que firmou amizades com a vizinhança, estabeleceu vínculos afetivos com o local, etc. João poderia ser beneficiado com uma decisão judicial que desconsiderasse o justo pagamento do locatício diante da assimetria das partes e a sociabilidade do contrato? É claro que não. Ainda que o imóvel em debate fosse único existente na cidade, o que seria muito improvável, ainda sim, nessa absurda hipótese, João deveria de alguma forma pagar pela utilização do bem, pois direitos e deveres sociais são a face da mesma moeda.

No âmbito do Direito Civil, jamais o vulnerável poderá ser desamparado. O Estado tem o dever constitucional de proteger o hipossuficiente e intervir sempre que necessário em relações privadas abusivas, contudo, a Lei de Liberdade Econômica estabeleceu limites para esta intervenção, ao dizer, no inciso III do art. 2, que ela deve ocorrer de maneira subsidiária e excepcional.

Quarto, porque, na medida que estabeleceu um papel definido à função social, o legislador não deixou um vácuo legislativo. Pelo contrário, estabeleceu, através do art. 113 do Código Civil, critérios minimamente objetivos para a interpretação do negócio jurídico, ressaltando importantes questões como “comportamento das partes”, “usos, costumes e práticas do mercado”, “boa-fé”, “benéfico à parte que não redigiu o dispositivo”, “razoável negociação das partes”, “racionalidade econômica”. Por fim, ressalte-se uma importante inovação trazida pelo § 2 do art. 113, qual seja, a livre pactuação entre as partes acerca das regras de

interpretação. Ou seja, as partes, no mais pleno exercício da autonomia privada, podem estabelecer regras próprias de interpretação livremente ajustadas. Esse dispositivo, sem dúvida, veio a ratificar o acerto doutrinário da segunda escola, isto é, de que a autonomia epistemológica do Direito Civil resguardará e realizará com mais intensidade a dignidade humana no Direito Civil, especialmente porque permitirá que as partes exerçam livremente sua vontade dentro dos limites expressamente definidos em Lei.

Outro critério objetivo estabelecido pelo legislador ordinário reside no art. 421-A do Código Civil. De acordo com este dispositivo legal e seus incisos, verifica-se: (i) presunção de paridade e simetria contratual, eis que, no Brasil, a regra era o oposto; (ii) estabelecimento de parâmetros objetivos de interpretação das cláusulas negociais; (iii) alocação de riscos livremente definida pelas partes; e (iv) excepcionalidade e limitação da revisão contratual. Com a nova lei, os particulares deverão ter a consciência de que não poderão celebrar negócio jurídico sem a devida atenção, apostando no futuro em um juiz iluminado revisar o referido instrumento particular sob o argumento de violação à função social do contrato. Isso não existe mais no Brasil.

Quinto, porque o legislador ordinário, ao atribuir maior importância à autonomia privada através de seus inúmeros dispositivos, garantiu uma maior efetividade, na prática, à função social. Mas há de se indagar: com o aumento da importância da autonomia privada, não houve um enfraquecimento da função social do contrato? No Direito Civil, a função social efetiva-se na medida que a autonomia privada é fortalecida. Explica-se. A autonomia privada, enquanto clássica categoria jurídica de Direito Civil, possui suas bases e seus limites no instituto da autorresponsabilidade privada, em que o indivíduo é livre para agir, desde que sofra as consequências de sua conduta, quer sejam elas, para ele, vantajosas ou onerosas⁹⁰².

É preciso lembrar que o art. 187 do Código Civil está em pleno vigor. De acordo com este dispositivo, comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Em resumo, o indivíduo é livre para agir e para celebrar qualquer tipo de negócio jurídico, contudo, precisa ser severamente responsabilizado, caso sua atitude importe em ilícito civil.

Do mesmo modo, está em pleno vigor o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, segundo o qual “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais

⁹⁰² BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008. Título original da obra publicada em 1943: *Teoria generale del negozio giuridico*. p. 86-87.

como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Considerando que a Lei de Liberdade Econômica não inovou na exploração da autorresponsabilidade privada, um equívoco que necessita ser corrigido, competirá ao aplicador e ao intérprete a penalização severa daqueles que se aproveitarem da autonomia privada para cometimento de ilícito civil.

4.3.8 Conclusões Parciais

A autonomia privada, na qualidade de princípio constitucional, constitui indiretamente um dos fundamentos da República (art. 1º, IV, CF), encontrando recentemente na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) uma maior legitimação institucional. Além do mais, o referido princípio constitucional é a base estrutural e estruturante do Direito Civil. Seus fundamentos residem na autodeterminação, na autorregulamentação e na autovinculação dos particulares. A grande questão que envolve seu estudo não reside no seu *status* constitucional, no conceito e na sua função, mas na forma de sua restrição e em sua relação com os direitos fundamentais. Conforme visto, existem duas escolas que discutem a autonomia privada a partir da compreensão prévia acerca da dicotomia entre direito público e direito privado, em especial, na matéria contratual. De fato, ambas as escolas possuem razoáveis fundamentos na defesa de suas teses, muito embora se verifique que, à exceção da análise dos contratos de adesão que merecem maior intervenção, eis que ao não oportunizar para o consumidor a expressão de sua vontade, a primeira escola abre uma brecha muito perigosa para a intervenção estatal nas relações negociais através dos direitos fundamentais, como se os mecanismos de proteção legal fossem insuficientes ou não pudessem ser desenvolvidos historicamente.

Ponderados os pontos reputados necessários, passa-se a seguir ao último tópico deste capítulo, no qual se procederá ao teste das hipóteses de eficácia dos direitos fundamentais nas relações de direito civil para a realização da dignidade humana no direito civil brasileiro.

A ampliação e o fortalecimento da autonomia privada com a respectiva delimitação do seu espaço, imune, em regra, à intromissão da ação estatal, encontram-se em evidência no Processo Civil através dos “meios alternativos de resolução de conflitos” - a mediação, a conciliação e a arbitragem (*Alternative Dispute Resolution* – ADR). Outrossim, são denominadas de “meios alternativos de resolução de controvérsias” – MASCs ou “meios

extrajudiciais de resolução de controvérsias” – MESC’s. Para Antônio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, “estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam ‘alternativos’, mas sim adequados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas”⁹⁰³. Através deste mecanismo, dizem os referidos autores, contribui-se para a configuração de um espaço reservado para a construção conjunta da solução do conflito, resguardando-se em qualquer hipótese a autonomia da vontade.

4.4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Como consequência lógica ao estudo da autonomia privada, sucede o estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Seria a eficácia direta ou indireta a mais adequada para a realização da dignidade humana no Direito Civil brasileiro? Contudo, antes de adentrar no exame das duas teorias, é imprescindível abordar uma decisão paradigmática sobre o assunto: o caso *Lüth*.

4.4.1 O Caso *Lüth-Urteil*

Rodrigues Jr.⁹⁰⁴ reconstrói a maneira como o TCF alemão desenvolveu a solução para o caso *Lüth-Urteil* mediante uma contextualização histórica, jurídica e social. Deste modo, este tópico em específico terá a contribuição quase que exclusiva do referido autor brasileiro⁹⁰⁵.

Inicialmente, é importante realizar uma pergunta: qual a importância do caso *Lüth* para o estudo da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares? Trata-se de um julgado paradigmático de como o Direito Civil pode e deve ser preservado em qualquer julgamento que envolva esse tema, garantindo-lhe, assim, uma disciplina dotada de estatuto epistemológico e autonomia metodológica.

Pois bem, o contexto histórico antecedente ao caso *Lüth-Urteil* é a República de Weimar, década de 1920, em que a Alemanha teria sido profundamente distinguida pelo

⁹⁰³ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “Mediação sem mediador”. **Revista de Processo**, v. 259, n. 2016, p. 471-489, 2016. p. 471.

⁹⁰⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 254

⁹⁰⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 254-277.

progresso do cinema e pelos “anos loucos” marcados por parte de uma juventude “traumatizada pelo pesadelo da guerra, cheia de cinismo e de fome de viver, que comporia o quadro do que a História chamou de ‘geração perdida’” em virtude das “festas ininterruptas, o consumo de álcool e drogas, a liberação feminina e a frouxidão de costumes só comparáveis ao que viria a ocorrer nos anos 1960”. Havia se formado uma “aura de decadência moral em torno da República de Weimar”. Para se ter ideia, Berlim tornou-se conhecida como a Sodoma europeia, “circunstância bastante explorada pelos nacional-socialistas para se contrapor à ‘degeneração’ dos tempos democrático-liberais que eles viriam a soterrar em 1933”⁹⁰⁶.

Nesse contexto, o cinema floresceu e foi financiado com verba pública pelos nazistas para influenciar e conter os ânimos da sociedade alemã mediante a propaganda institucional. Apenas um único cineasta alemão foi julgado por crimes contra a humanidade: *Veit Harlan* (1899-1964). Ele dirigiu durante o Terceiro Reich *Jud Süß*, “uma das obras mais abjetas e antisemitas do cinema moderno”⁹⁰⁷ idealizada pelo Ministro da Propaganda Nazista, Joseph Goebbels, que procurava mostrar o povo hebreu como ganancioso e ávido por dinheiro.

A ação judicial movida em face de *Harlan* foi intentada pela Associação de Vítimas do Regime Nazista e seu julgamento ocorreu em Hamburgo na data de 23 de abril de 1949, resultando em sua absolvição por: “(i) não se haver demonstrado sua culpa; (ii) não se estabelecer o nexo de causalidade entre seu exercício profissional como cineasta e o genocídio; e (iii) ele ter trabalhado sob ordens de Goebbels”⁹⁰⁸. Essa decisão foi anulada mediante a interposição de recurso dirigido ao Supremo Tribunal de Justiça da Zona de Ocupação Britânica, em Colônia. Acontece que novamente Veit Harlan foi absolvido em abril de 1950 pelo Tribunal Distrital de Hamburgo⁹⁰⁹.

⁹⁰⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 255.

⁹⁰⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 256.

⁹⁰⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 257.

⁹⁰⁹ “É fundamental pôr ênfase no fato de que o cineasta não era uma pessoa pouco conhecida na Alemanha, além de ter sido coautor do roteiro do filme *Jud Süß*. Isso não fica muito bem evidenciado nos textos sobre o caso Lüth, ao menos em língua portuguesa, embora seja importante para se compreender o contexto no qual se desenrolaria o julgamento no TCF. O que estava em jogo não era um homem, mas uma arte a serviço do regime, um público de milhões de expectadores e a exposição brutal de um povo (o hebreu) nas telas do cinema. Não era algo irrelevante, pois, como constou da sentença do OGHBrZ, o filme *Jud Süß* nem de longe foi uma “ferramenta insignificante” para fomentar o genocídio. O cineasta, uma vez absolvido, tentou prosseguir em sua carreira.⁸⁵⁰ Perceba-se que Leni Riefenstahl (1902-2003), a “cineasta predileta” de Hitler, amargou quatro anos de prisão, após a guerra, em um campo de prisioneiros francês. Por falta de provas, ela não foi condenada como nazista, mas como simples simpatizante, tendo alcançado sua liberdade. Leni Riefenstahl foi boicotada e não mais conseguiu produzir filmes, o que a levou a trabalhar como fotógrafa. Esse ponto da biografia de ambos é relevante: ela também sofreu boicote a sua atividade profissional, mas não levou a matéria aos tribunais”. RODRIGUES

Em 1950, após sua vitória judicial e com o apoio de simpatizantes, Veit Harlan dirigiu e roteirizou o filme denominado “*Amada imortal*”, que na fase de produção sofreu inúmeros protestos, o maior deles liderado por Erich Lüth (1902-1989), que lutou pelo boicote do referido filme com atos de violência, inclusive, em diversas cidades alemãs.

O fato é que *Herzog-Film GmbH* (distribuidora do filme) e *Domni-ck-Film-Produktion GmbH* (empresa do produtor) processaram Erich Lüth com pedido cominatório baseado no § 826 do BGB, segundo o qual “quem, de forma contrária aos bons costumes, causar dolosamente danos a outrem, fica obrigado a indenizá-los”. O objetivo principal era o de impedir que Lüth influenciasse o boicote maciço ao filme *Amada imortal*. Lüth sofreu duas derrotas, tanto no primeiro (*LG Hamburg*) como no segundo grau de jurisdição (*HansOLR*) da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo. O resultado do julgamento foi determinar que Lüth não conclamasse o povo alemão a não assistir ao filme, sob pena de pagar sanção pecuniária compulsória ou pena de prisão. Os magistrados, em resumo, entenderam que Harlan estava sendo privado do seu exercício profissional (atividades cinematográficas do período da guerra)⁹¹⁰.

De acordo com *LG Hamburg*, Harlan, além de ter se submetido ao processo de desnazificação, também foi absolvido no juízo criminal em virtude do filme *Jud Süß*. Outrossim, a ordem judicial de abstenção de Lüth se daria não por causa de um delito de opinião em face de Harlan ou do filme, mas por causa da promoção do boicote, cujos efeitos patrimoniais nocivos recairiam sobre às empresas de produção e de distribuição do filme. Irresignado, Erich Lüth ingressou com reclamação constitucional com fundamento no art. 5º, I, apartado 1, LF/1949. A tese defendida por Lüth era da não ocorrência de violação ao § 826 do BGB diante do pleno exercício de um direito público, notadamente o direito fundamental de liberdade de expressão. Logo, não se poderia decidir o caso com regras de Responsabilidade Civil oriundas do Direito Civil, mas, sim, à luz do Direito Público.

Acontece que ao dar provimento ao recurso de Lüth, o TCF em 1958 adotou outros fundamentos deixando claro, nos dizeres de Otavio Luiz Rodrigues Junior⁹¹¹: “(i) o respeito do tribunal ao Direito Civil; (ii) o uso dos métodos de interpretação de Savigny como mecanismos antecedentes à tomada de decisão final”, ou seja, Lüth não poderia sofrer uma restrição a direito

JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 257.

⁹¹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 259.

⁹¹¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 260.

fundamental no caso concreto. Esta continha parcialmente um conteúdo parcialmente inovador eis que tradicionalmente a invocação de direitos fundamentais não se dava em face de particulares, mas contra as agressões do Estado. A inovação era parcial eis que o uso de direitos fundamentais contra terceiros ocorria, ainda que timidamente, na República de Weimar. A novidade residia “em como e em que limites” essa utilização atípica dos direitos fundamentais ocorreria para o futuro.

O TCF teve como ponto de partida a já estudada doutrina de Jellinek que aponta para a importante contribuição do *status subiectionis*. Isto é, “o indivíduo não tem apenas o escudo (*status negativus*) e a espada (*status positivus*) a mediar sua relação com o Estado”, eis que “ele também se sujeita (*status subiectionis*) aos comandos estatais positivos e negativos”⁹¹². No caso concreto, indaga Otavio Luiz Rodrigues Junior⁹¹³, Lüth poderia exercer o direito de resistência (proteção) em face da ação estatal, mesmo que o atingido “pelos efeitos do exercício de seu direito fundamental fosse um particular (o terceiro, da expressão alemã *Drittwirkung*)?”.

Aparentemente, os autores da ação judicial desejavam censurar Lüth por intermédio de uma sujeição (*status subiectionis*), só que a vinculação de Lüth não deveria ocorrer diante de outro particular, mas, tão somente, em relação ao Estado. Como diz Otavio Luiz Rodrigues Junior⁹¹⁴, “levado à última instância, o ato de proibir a emissão de proclamações, dirigidas a terceiros, seria o mesmo que limitar as liberdades comunicativas pela ação de um particular”.

Ao enfrentar o referido caso, poderia em 1958 o TCF ter ignorado a doutrina de Jellinek e considerado o fim da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado adotando a doutrina da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ocorre que não foi isso o que aconteceu.

Ao recuperar a doutrina de Savigny, Rodrigues Junior⁹¹⁵ aduz que “o primeiro dos métodos hermenêuticos de Savigny é o gramatical”, contudo, embora o TCF não tenha feito “referência a Savigny, em primeiro lugar, interpretou literalmente o art. 1º, apartado 3, LF/1988” cuja redação é a seguinte: “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e

⁹¹² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 261.

⁹¹³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 261.

⁹¹⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 262.

⁹¹⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 263.

judiciário”. Considerando que o texto condiciona a vinculação apenas aos três poderes, não seria possível extrair a sua ocorrência em relação aos particulares.

O segundo passo de Savigny seria a interpretação lógico-sistemática. Apesar de não fundamentar de maneira explícita neste sentido, “o TCF investigou se no texto da LF/1949 haveria alguma norma que permitisse a vinculação de particulares, no plano horizontal, aos direitos fundamentais” e a conclusão provisória foi a de que não “haveria eficácia direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares”⁹¹⁶.

O terceiro caminho hermenêutico seria a interpretação histórica do art. 1º, apartado 3, CF/1949. O TCF alemão analisou as bases históricas dos direitos fundamentais que deitam as suas raízes no direito norte-americano onde “é possível rastrear a ideia de que os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente e vinculam os três poderes até à Primeira Emenda da Constituição da Filadélfia de 1791”⁹¹⁷⁹¹⁸. A pesquisa histórico-legislativa dos textos constitucionais alemães também não permite que se encontre um dispositivo que sirva de fundamento para vinculação de terceiros⁹¹⁹.

⁹¹⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 263.

⁹¹⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 264.

⁹¹⁸ “Os pais fundadores dos Estados Unidos desejavam restringir os poderes legisferantes do Congresso da nova república. Essa restrição incidiria em matérias que, na linguagem contemporânea, denominar-se-iam “direitos fundamentais”. O teor da Primeira Emenda é autoexplicativo: o Congresso não deverá editar qualquer lei sobre a instituição de religião, ou proibir seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito de as pessoas pacificamente se reunirem, e de formularem petições ao Governo para se obter reparações por agravos. O Estado é visivelmente o destinatário desse comando constitucional e não outros particulares”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 264.

⁹¹⁹ “Note-se que a Constituição de Paulskirche possui um capítulo inteiro dedicado aos “direitos fundamentais do povo alemão”. No § 130 informa-se que os direitos conferidos pela Constituição são fundamentais e não podem ser restringidos por ato normativo estatal de quaisquer dos entes que integram o Reich alemão. A liberdade de imprensa não poderia ser violada por medidas governamentais, de poder de polícia ou de natureza legislativa. Uma vez mais, observa-se o caráter de resistência ou de defesa das liberdades individuais contra a atuação estatal. A Constituição de Weimar não possuía uma norma similar ao art. 1º, apartado 3, CF/1949. A redação definitiva do art. 107 da WVR não manteve o estilo original, o qual era bem próximo do conteúdo do futuro art. 1º, apartado 3, LF/1949. O texto aprovado da Constituição de Weimar declarava simplesmente que os tribunais administrativos existem para defender os indivíduos contra os atos estatais de natureza administrativa. Não há parâmetro de comparação normativa entre o texto de Weimar e a redação da LF/1949. Embora, como já registrado, houvesse alguma flexibilidade na interpretação de dispositivos constitucionais como o art. 117, WVR (violação de correspondência). Essa regra chegou a comportar interpretação no sentido de admitir eficácia em relação a um terceiro que violasse o conteúdo postal de alguém. Note-se que a violação de correspondência era o meio típico pelo qual agiam os órgãos de polícia secreta na Alemanha e na Áustria-Hungria. Nos impérios centrais, o cargo de diretor dos Correios era acumulado com o de ministro da Justiça. Pensar em uma quebra do sigilo postal por particulares era algo novo no início do século XX. Por essa circunstância, mereceu atenção dos constituintes de Weimar. Mas não a ponto de se criarem condições para uma prematura teoria da eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 265.

Ultrapassada essa análise hermenêutica, o TCF no caso Lüth introduziu e consagrou a ideia de “ordem objetiva de valores”. “A solução encontrada pelo TCF não foi interpretar a LF/1949 por meio da leitura de palavras não existentes em seu texto. Não se apelou para a ‘mutação constitucional’”⁹²⁰, até porque havia a recente vigência da LF/1949.

Em um primeiro passo, o tribunal constitucional utilizou o aparato doutrinário de Günter Dürig (1920-1996), advogado da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em seguida, reconheceu a função primária de resistência dos direitos fundamentais como mecanismo capaz de proteger a liberdade privada contra as intervenções estatais. No trilha das ideias de Dürig, não é possível defender a existência de uma neutralidade axiológica do ordenamento jurídico sendo perceptível que a LF/1949 instituiu uma ordem objetiva de valores, fundamentada no desenvolvimento da personalidade e em sua dignidade.

De acordo com Günter Dürig⁹²¹

Os direitos fundamentais particulares são formas de apresentação de um sistema de valores, declaratoriamente reconhecido no art. 1 I e 2 I, da lei fundamental, determinado à Constituição, que é protegido contra perigos específicos da direção do Estado por direitos fundamentais jurídico positivos de valor diverso. (...) Os meios normativos para defesa de ataques da direção de terceiros, com o auxílio, na falta de normas de proteção jurídico-cíveis especiais, o direito privado objetivo cumpre seu pedido de proteção (comparar artigo 1 I, proposição 2, da lei fundamental), são suas cláusulas gerais suscetíveis de preenchimento de valores e carentes de preenchimento de valores. O caminho pela sua aplicação salvaguarda, por um lado, a autonomia do direito privado, tornada necessária lógico-jurídica e sistemático-juridicamente depois de reconhecimento jurídico-fundamental da liberdade de disposição privada no tráfico jurídico de terceiros e salvaguarda, por outro, a unidade do direito total, naturalmente necessária, na moral jurídica.

A ideia é a seguinte: os direitos fundamentais vinculam diretamente as funções do Estado (Administração, Legislativo e Judiciário), deste modo, o “Direito Civil, como parte do ordenamento, seria também atingido por esses valores contidos nos direitos fundamentais, por

⁹²⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 266.

⁹²¹ DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011. p. 35.

meio (*Medium*) das normas do próprio Direito Civil”⁹²²⁹²³. Ressalte-se que não há mudança de natureza do Direito Civil diante da influência dos direitos fundamentais. Ademais, a interpretação e a aplicação da dogmática civilista deveria seguir o Direito Civil. Seguindo a doutrina de Dürig, entendeu o TCF alemão que a porta de “entrada dos direitos fundamentais (e seus valores) para o Direito Civil dar-se-á *principaliter* (embora não exclusivamente) pelas “cláusulas gerais” do campo jurídico privado”⁹²⁴.

Para o TCF, os juízes constitucionais é quem teriam a “chave” para permitir a entrada da “ordem objetivas de valores” no sistema jurídico. Ao Poder Judiciário, de acordo com a decisão do caso Lüth, caberia a função de escolher “quais normas de Direito Civil, por ele utilizadas no caso, seria ou não influenciadas pelos direitos fundamentais”⁹²⁵. Nesse contexto, o TCF aplica a ideia, já estudada, de “efeito de irradiação” cuja função seria a de submeter os atos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário aos direitos fundamentais.

Prosseguindo no julgado, o TCF alemão compreendeu que o direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento seria uma emanção direta da personalidade humana recepcionada, inclusive, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 11). Sem o exercício desse direito, não se poderia “constituir uma ordem estatal de caráter livre e democrática”, assim como “seria impossível relativizar o alcance desse direito por uma lei ordinária, ainda que de caráter geral”, pois estas “leis gerais devem ser interpretadas de modo

⁹²² “Essa solução do TCF, para alguns autores, também revelaria um receio: abrir as portas da reclamação constitucional para casos de Direito Privado, numericamente muito mais frequentes que os de Direito Público, poderia implicar uma enxurrada de recursos no tribunal. Criar esse filtro da “ordem objetiva de valores” permitiria ao TCF rejeitar casos que, a contrario sensu, não a desrespeitassem”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 266.

⁹²³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 266.

⁹²⁴ “Eventualmente, e esse é um ponto que merece atenção no julgado Lüth, pode-se recorrer a critérios extrajurídicos, de entre os quais os “bons costumes”. O recurso a elementos metajurídicos em uma ordem jurídica positiva não deixa de ser perigoso. O tribunal fez uma concessão arriscada a algo que, em outros tempos, poderia ter sido denominado de Direito Natural. Esse tipo de argumentação poderia conduzir ao surgimento de um cavalo de Troia no sistema interno: quem define o conteúdo desses valores metajurídicos? Esse apelo a “critérios extrajurídicos” não seria uma forma de se introduzir no sistema um fator de correção externo? Essa crítica acompanharia o TCF desde então. Assim como no Brasil, há críticas na Alemanha quanto aos excessos do TCF na interpretação do Direito (não somente o ordinário). Uwe Diederichsen afirma que a decisão Lüth foi para o Direito uma verdadeira “queda do homem” [em alemão, Sündenfall]: a passagem do estado de inocência para o de culpa e insubmissão a Deus, quando Adão e Eva experimentaram o fruto proibido, do que resultou sua expulsão do Paraíso. Segundo ele, o TCF cometeu um ato conscientemente urdido de “usurpação” e, a partir daí, há submetido o Direito Civil a controles excessivos, por intermédio de conceitos vagos, geradores de insegurança jurídica e dogmática. Comparativamente ao que ocorreu no Brasil, porém, não é incorreto dizer que o TCF se comporta com excessiva timidez”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 267.

⁹²⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 268.

compatível com a noção de ‘trocas recíprocas’: elas limitam o direito fundamental e este, por seu sentido valorativo, influencia aquelas normas ordinárias”. Para o TCF, e esse ponto é muito importante, “as leis gerais não podem impedir que o ato de se expressar produza efeitos intelectuais sobre o meio”, pois “não seria materialmente possível separar a expressão protegida e seus efeitos sobre terceiros”⁹²⁶.

Em continuidade, o TCF procede a uma ponderação de interesses ou bens jurídicos (*Güterabwägung*). De fato, em tese, Lüth havia causado danos aos autores da ação. Entretanto, o TCF admitiu tanto a função do Direito Civil na qualidade de agente “limitador de um direito fundamental”, quanto o “efeito limitador dos direitos fundamentais em relação ao Direito Civil”. Este seria “o ponto culminante da viragem operada na dogmática dos direitos fundamentais e do Direito Civil pela decisão Lüth”, ou seja, “o Direito Civil limita direitos fundamentais e por eles pode ser limitado”⁹²⁷.

Utilizando-se da ponderação, o TCF compreendeu que Lüth, de fato, influenciou para a formação da opinião pública contra o referido filme, entretanto não foi o seu objetivo atingir diretamente a esfera patrimonial de terceiros, até porque suas ações não foram movidas por fins egoísticos ou interesses econômicos, pelo contrário, seu objetivo era contribuir com o debate de ideias mediante uma luta intelectual em torno de um tema importante para a sociedade. Para saber se Lüth agiu contrariamente aos bons costumes o TCF verificou os motivos, o objeto e o fim de suas declarações, bem como analisou a proporcionalidade de suas ações.

Após esta análise, o TCF cassou a decisão do tribunal de origem por prática de violação a direito fundamental (liberdade de expressão) e concluiu que Lüth não praticou um ato contrário aos bons costumes eis não agiu com intenções patrimoniais, até porque ele não concorria economicamente com os autores da ação. Na verdade, seus atos visaram alertar ao mundo a existência de uma nova ordem de valores acolhida pelo povo alemão, incompatível com a “nova” obra de Harlan que possuía similitude com os valores do regime nazista.

Não se pode atribuir às decisões judiciais consequências metodológicas, entretanto o impacto gerado pelo caso Lüth estimulou o desenvolvimento e a operacionalização do Direito Civil em seu discurso metodológico. A estudada decisão do TCF alemão poderia ter acolhido a divisão (Direito Público e Direito Privado) praticamente inaugurada pelo democrático Hans

⁹²⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 269.

⁹²⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 270.

Kelsen e indevidamente utilizada com nítido intuito ideológico pelos regimes totalitários ou autoritários.

O caso Lüth impulsionou os civilistas “a enfrentarem a constitucionalização e a eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros” especialmente no que tange à temas mais complexos como “judicialização da política, o papel dos tribunais constitucionais, a perda de legitimidade democrática, a dignidade da legislação e tantos outros que se põem no centro da agenda do Direito Constitucional e da Teoria do Estado”⁹²⁸. Outrossim, verificou-se que a paradigmática decisão em momento algum desconstruiu a metodologia civil, contrariamente, trouxe evoluiu o debate quando trouxe à discussão a implicação-polaridade entre a limitação realizada pelo Direito Civil (tomado como “lei geral”) em relação aos direitos fundamentais e destes em relação àquele. Não se percebe também um discurso retórico, triunfalista ou depreciativo ao Direito Civil. No final das contas, a “crítica do TCF aos juízos ordinários não foi substantiva, mas metodológica, haja vista não permitir entre particulares uma limitação à liberdade de expressão com base em um jogo vazio de palavras visando a proteção de uma norma de Direito Civil.

Outra importante contribuição originária do caso Lüth foi a aplicação da ponderação em face do Direito Civil, que não aconteceu de qualquer forma, permitindo de alguma maneira, inobstante as críticas ao julgado, a realização de um controle argumentativo. Outrossim, é preciso registrar que a mencionada ponderação não substituiu o método do Direito Privado. A importância dessas questões sobre a ponderação visa demonstrar que existe uma diferença entre a ponderação ocorrida na Alemanha e sua recepção no Brasil marcada pelo “descontrole semântico, metodológico e discursivo”, bem como pelos excessos encobertos por julgamentos fundamentados em uma pseudo equidade. Notadamente no Brasil é preciso evitar o apelo direto, subjetivo, arbitrário e excessivo das técnicas ponderacionistas sob pena de desrespeito e violação à tradição secular da dogmática brasileira, da qual se pode e deve ter orgulho⁹²⁹.

Por derradeiro, a mais importante contribuição da decisão Lüth para o Direito Civil “foi definir o modelo da eficácia indireta dos direitos fundamentais em relação aos particulares como o mais adequado para resolver os problemas ínsitos ao Direito Constitucional e ao Direito Privado”, conforme se verá nos dois últimos tópicos deste capítulo.

⁹²⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 271.

⁹²⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 275.

4.4.2 A Eficácia Direta ou Imediata dos Direitos Fundamentais nas Relações Particulares

4.4.2.1 Hans Carl Nipperdey e a Eficácia dos Direitos Fundamentais na Alemanha

A origem da teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais em relação aos particulares reside na doutrina Hans Carl Nipperdey (1895-1968). Ele foi professor de Direito Civil, do Trabalho e Comercial da Universidade de Colônia⁹³⁰. De acordo com Rodrigues Junior⁹³¹, sua obra é conhecida no Brasil em virtude da atualização que ele fez do *Tratado de Direito Civil* de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff, cuja edição espanhola se difundiu amplamente na América Latina. Nipperdey foi o primeiro presidente do BAG alemão de 1954 a 1963. No Brasil, o BAG seria o Tribunal Superior do Trabalho.

No período entre 1933-1945, Nipperdey participou da “famigerada Academia do Direito Alemão”, uma congregação de juristas a serviço do regime nazista⁹³², além do mais:

Nipperdey também escreveu textos em conformidade à ideologia nacionalsocialista, defendendo a adaptação de matérias jurídicas (especialmente do Direito do Trabalho) aos postulados nazistas. As obras mais comprometidas ideologicamente são de 1934 a 1939, ao exemplo dos comentários à lei nazista de organização do trabalho de 1934, com disposições inumanas para o emprego de mão de obra judaica, cigana e polonesa. Nos comentários, Nipperdey e os coautores Rolf Dietz e Alfred Hueck escrevem que a nova lei trabalhista de 1934 era crucial para o desenvolvimento das relações na Alemanha. O legislador cuidou de desenvolver as bases e os valores fundamentais para uma Constituição Social no país. Além de citar a obra-mestra de Adolf Hitler, eles mencionam o papel da nova legislação para “superar a luta de classes”, a ser substituída pela ordem de valores da “comunidade” do trabalho.

[...]

A reintegração de Nipperdey à cátedra universitária deu-se muito rapidamente em maio de 1947. Ele, assim como vários outros professores (Karl Larenz, Rudolf Huber, Georg Dahm, Wolfgang Siebert, Franz Wieacker e Theodor Maunz), sofreu relativamente poucas consequências funcionais em razão de seu envolvimento com instituições nacional-socialistas. A retomada de suas atividades acadêmicas deu-se com êxito. Em pouco tempo, como anotou Joachim Rückert, ele ganhou enorme reputação nos meios jurídicos, em certa medida graças a um círculo de estudantes notáveis e uma brilhante equipe de

⁹³⁰ “No Brasil, ele é conhecido por ser o atualizador do Tratado de Direito Civil de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff, cuja edição espanhola foi muito difundida na América Latina.917 Ele foi o primeiro presidente do BAG, o equivalente alemão ao tribunal superior em matéria trabalhista do Brasil, no período de 1954 a 1963”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 278.

⁹³¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 278.

⁹³² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 278.

apoio, como Rudolf Reinhardt (após a guerra, foi reitor da Universidade de Marburgo, ex-membro do Partido Nazista), Rolf Dietz (já era famoso especialista em Direito do Trabalho e ex-membro do Partido Nazista), Günther Wiese (futuro catedrático de Direito Civil e Direito do Trabalho da Universidade de Mannheim), Gerhard Schnorr, Gustav Adolf Bulla, Wolfgang Hefermehl (na guerra, foi primeiro-tenente da SS e chegou a catedrático da Universidade de Heidelberg), Hermann Stumpf (orientando de doutorado de Nipperdey, combateu na Segunda Guerra Mundial e tornou-se juiz do BAG), Eugen Stahlhacke (futuro juiz do LAG de Colônia), Dirk Neumann e Franz Jürgen Säcker⁹³³.

O efetivo desenvolvimento da teoria da eficácia direta ocorreu em 1954 em capítulo de um manual sobre direitos fundamentais, intitulado *A dignidade humana*, coordenado por Nipperdey, Franz Leopold Neumann e Ulrich Scheuner⁹³⁴. Rodrigues Junior⁹³⁵ resume a obra de Nipperdey da maneira a seguir.

Primeiro, dignidade humana⁹³⁶ seria o fundamento, o próprio sentido e a finalidade última do ordenamento jurídico, constituindo, portanto, um direito subjetivo irrenunciável e oponível a todos os particulares. Para Nipperdey⁹³⁷, a realização da dignidade humana no ordenamento jurídico ocorre quando se assegura “à pessoa uma esfera, na qual ela pode atuar como ser independente e moralmente autorresponsável, na qual ela nem é submetida a pretensão de poder de uma outra pessoa, nem é transformada em mero meio de uma finalidade comunitária”. Por isso, diz ele, “a liberdade é um bem extremo que a justiça laica pode atribuir

⁹³³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 280.

⁹³⁴ “Em 1962, após o julgamento do caso Lüth, Nipperdey publicará *Direitos fundamentais e Direito Privado*, em um *liber amicorum* para os 75 anos de Erich Molitor. *O livre desenvolvimento da personalidade* é o trabalho que representa o amadurecimento final da doutrina da eficácia direta sob sua concepção. O texto constitui-se em um capítulo publicado no manual de direitos fundamentais, agora em um volume organizado por Nipperdey e Karl August Bettermann”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 281.

⁹³⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 282-283.

⁹³⁶ No ordenamento jurídico, a dignidade humana é então realizada, quando ela assegura à pessoa uma esfera, na qual ela pode atuar como ser independente e moralmente autorresponsável, na qual ela nem é submetida a pretensão de poder de uma outra pessoa, nem é transformada em mero meio de uma finalidade comunitária, mas é pessoa autorresponsável livre. Por isso, a liberdade é um bem extremo que a justiça laica pode atribuir à pessoa.

⁹³⁷ NIPPERDEY, Hans Carl. *Livre desenvolvimento da personalidade*. HECK, Luís Afonso (Org.). Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011. p. 52.

à pessoa”⁹³⁸. Em outro texto de sua autoria, Nipperdey⁹³⁹ assevera que “o direito fundamental da dignidade da pessoa e o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade são as normas fundamentais decisivas da Constituição alemã”.

Segundo, a liberdade deveria sofrer limitação do princípio do Estado Social cuja função também seria a de vincular diretamente os particulares aos direitos fundamentais. Os particulares com forte poder econômico não podem se prevalecer de sua condição infringindo interesses coletivos sem uma justa fundamentação.

Terceiro, não são todos os direitos fundamentais que vinculam os particulares, contudo haveria uma imediata eficácia daqueles relacionados à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Quarto, os direitos fundamentais não vinculariam apenas os poderes públicos, mas também os particulares sendo equivocada a doutrina da eficácia indireta cuja base estaria firmada em uma concepção oitocentista dos direitos fundamentais como “direitos de defesa”. A unidade do Direito exige a eficácia absoluta dos direitos fundamentais que não precisam de pontos de irrupção (cláusulas gerais) para incidirem no Direito Privado. Nipperdey⁹⁴⁰ compreende que o surgimento da sociedade de massa industrial tornou os particulares dependentes de grupos, grêmios, grandes empresas e poderosos do setor privado. Deste modo, seria importante a ampliação da proteção jurídico-fundamental dos particulares através da eficácia direta.

Nipperdey⁹⁴¹ defende claramente a nulidade contratual com base na aplicação direta dos direitos fundamentais. A título de exemplo ele cita os seguintes casos: (i) “promessa do solteiro ismo ou do casamento segundo a vontade de um outro”; (ii) “promessa de um esposo de não viajar sozinho”; (iii) “promessa de modificar ou não modificar a religião”; (iv) “promessa de uma atuação religiosa em intenção juridicamente vinculativa”; (v) “promessa de pena contratual para o asseguramento de obrigações jurídico-matrimoniais”; “promessa de

⁹³⁸ “‘O direito’, diz Savigny, ‘serve à moralidade, mas não ao ele efetivar seu mandamento, mas ao ele assegurar o livre desenvolvimento de sua força, que é inerente a cada pessoa particular’”. NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. HECK, Luís Afonso (Org.). Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011. p. 52.

⁹³⁹ NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. HECK, Luís Afonso (Org.). Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011. p. 71.

⁹⁴⁰ NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. HECK, Luís Afonso (Org.). Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011. p. 61.

⁹⁴¹ NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. HECK, Luís Afonso (Org.). Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011. p. 65.

remuneração para declaração de testemunhas ou para renúncia a recusar testemunho”; (vi) “contrato remunerável sobre não participação em campeonatos esportivos, obrigação para o não reembolso de uma declaração; (vii) “retratação ou o silêncio sobre um delito por remuneração”; (viii) “convênios que infringem sentimento de vergonha”.

Em suma, para Nipperdey⁹⁴² a dignidade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa “são os componentes integradores de um direito de personalidade geral, que, com isso, é garantido pelo ordenamento jurídico como direito público subjetivo e privado”.

O BAG seguiu firme defensor da teoria da eficácia direta, mesmo após o caso Lüth, até 1984 quando houve uma virada jurisprudencial em 20 de dezembro de 1984⁹⁴³. Neste caso, o BAG aplicou a teoria da eficácia indireta do direito fundamental à liberdade de consciência (art. 4º, apartado 1, LF/1949) por intermédio da cláusula geral do § 315, I, BGB. Atualmente, o BAG alemão “analisa o caso primeiramente à luz do Direito Privado e depois confronta a solução encontrada com a ordem de valores estabelecida pelos direitos fundamentais”⁹⁴⁴.

Sem embargo de excelentes obras, tais como as de Walter Leisner⁹⁴⁵, na prática, a teoria da eficácia direta no direito alemão pouco evoluiu, talvez em virtude do seu abandono por parte da doutrina e dos tribunais.

⁹⁴² NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. HECK, Luís Afonso (Org.). Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011. p. 66.

⁹⁴³ “Os elementos descritivos do caso são estes: a) o reclamante, desde 1980, era empregado de uma gráfica-editora; b) ele é um reconhecido objetor de consciência, além de presidir a sucursal local da Associação de Vítimas do Regime Nazista-Liga Antifascista; c) ele se recusou a realizar trabalhos determinados por sua chefia, sob alegação de que o material continha mensagens que incitavam ao militarismo e ao passado bélico da Alemanha; d) em razão disso ele foi demitido. A discussão era sobre se as objeções de consciência autorizavam ou não o direito de resolução do contrato de trabalho, quando elas se chocavam com o poder de determinação do empregador. Na fundamentação, o BAG recordou precedente de 1960, no qual se afirmou que um alemão não pode ser obrigado, por força do contrato laboral, a trabalhar para uma revista que ataca o regime democrático e o Estado de Direito, glorifica ou diminui o grau de violência do regime nazista. O empregado tem direito a exercer objeções de consciência em face de determinações do empregador”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 286.

⁹⁴⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 286-287.

⁹⁴⁵ “Walter Leisner reforçou e complementou a doutrina da eficácia direta do seguinte modo: (i) não há diferenciação estrita entre as liberdades, sejam negativas ou positivas, no âmbito dos direitos fundamentais, os quais poderão ser diretamente dirigidos em face de terceiros ou do Estado. Ter-se-ia, desse modo, a multidirecionalidade dos direitos fundamentais, rompendo com as concepções históricas de matriz liberal; (ii) a eficácia direta operaria de modo diferenciado a depender da causa obrigacional. Em relação a delitos civis (responsabilidade civil), a intensidade da eficácia será sempre maior do que em relação a negócios jurídicos, pois a intervenção na autonomia privada de ser mais branda, dada a capacidade dos indivíduos, por meio de renúncias a direitos fundamentais, abdicarem de sua ampla proteção em um contrato; (iii) mesmo nas hipóteses de eficácia dos direitos fundamentais em relações extracontratuais, espaço imune a renúncias a esses direitos, deve ocorrer uma ponderação entre os interesses envolvidos”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil**

4.4.2.2 *Premissas Básicas*

Steinmetz⁹⁴⁶ anota de maneira resumida as seguintes características da teoria da eficácia imediata: (i) Os direitos fundamentais podem ser oponíveis não apenas ao Estado, mas também a outros particulares; (ii) “Os direitos fundamentais são e a tua como direitos subjetivos constitucionais independentemente de serem públicos ou privados”; (iii) na qualidade de direitos subjetivos constitucionais, salvo disposição expressa em contrário do poder constituinte, “operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado”.

4.4.2.3 *A Eficácia Direta ou Imediata na Itália, Portugal e Espanha*

Na Itália, prevalece o magistério de Perlingieri. Rodrigues Junior⁹⁴⁷ ensina que este autor italiano, embora não se aprofunde no tema, é “o grande representante da doutrina da eficácia direta”. Mas que tipo de eficácia direta, ou como prefere o autor, aplicação direta? Conforme se verá, a eficácia direta na sua ótica penas ocorrerá quando não houver norma específica, cláusula geral ou princípios expressos sobre o tema. Essa afirmação é confirmada após uma leitura atenta da obra de Perlingieri⁹⁴⁸, em específico no tópico concernente ao Direito civil constitucional:

Não existem, portanto, argumentos que contrariem a aplicação direta dos princípios constitucionais: a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração) ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Essa solução é a única permitida se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por esses conteúdos. Pode se afirmar, pois, que seja na aplicação dita indireta – que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma norma específica, o cláusulas gerais ou princípios expressos –, seja na aplicação dita direta – assim definida pela ausência de intermediação

contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 288.

⁹⁴⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 168.

⁹⁴⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo:** estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 293.

⁹⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 589-590.

de qualquer enunciado normativo ordinário –, a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção nem sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional respeito às relações pessoais e socioeconômicas.

De fato, o foco de Perlingieri não é um aprofundamento acerca da distinção entre a eficácia direta da indireta⁹⁴⁹, pois para ele o mais importante, no final das contas, é a confirmação da eficácia da norma constitucional que decorre da unidade do ordenamento jurídico. O mais relevante, na sua ótica, é o parâmetro axiológico e não o parâmetro sistemático. Enquanto neste, exige-se “que o ordenamento seja interpretado na sua unidade”, aquele implica que “valores constitucionais, comunitários e internacionais avivem e torne atuais normas individuais ou complexos de normas que devem ser sempre lidas interpretadas, mesmo que aparentemente sejam claras”⁹⁵⁰.

Em Portugal, não existe uma corrente majoritária. A doutrina é dividida entre os defensores da eficácia direta, indireta e daqueles não se classificam em nenhuma das duas por “considerarem a necessidade de soluções diferenciadas”⁹⁵¹. Sarlet⁹⁵² testifica que no solo Português não existe um consenso a respeito da tese de uma eficácia imediata, “já que, a teor de expressiva doutrina, a constatação de que os direitos fundamentais vinculam as entidades privadas, não responde necessariamente a pergunta de se esta eficácia irá ocorrer de modo direto ou indireto”.

Registre-se artigo já mencionado neste trabalho de Paulo Mota Pinto⁹⁵³. O referido autor português defende que a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações entre

⁹⁴⁹ Neste mesmo sentido, parte da doutrina espanhola: “*Para Rubio Llorente, la doctrina de la Drittwirkung es una construcción oscura e ‘escasamente útil’*. La influencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se encauza por otras vías, como la hermenéutica (la exigencia de interpretar de conformidad con ellos todas las normas legales) o las remisiones de la ley a los derechos, a través de las cláusulas generales (no faltan en el ordenamiento español las que obligan a considerar nulas la estipulaciones contractuales contrarias al orden público o las que obligan a indemnizar los daños causados a otros, en los supuestos de responsabilidad extracontractual)”. UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español*. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 185.

⁹⁵⁰ “[...] a clareza, na verdade é um eventual posterior, não um prius da interpretação. A norma, clara ou não, deve ser conforme aos princípios e aos valores do ordenamento e deve resultar de um processo argumentativo não somente lógico, mas axiologicamente conforme às escolhas de fundo do ordenamento”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 597.

⁹⁵¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 292.

⁹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007b. p. 129.

⁹⁵³ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

particulares deve acontecer, em princípio, por intermédio das normas de direito privado, enquanto capazes de reproduzir o conteúdo das normas constitucionais, quer “contenham conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, a preencher e concretizar segundo os valores constitucionalmente consagrados, e, em particular numa atividade de ‘interpretação conforme aos direitos fundamentais’”⁹⁵⁴. Entretanto, deve haver excepcionalmente uma aplicação direta quando a violação envolver o “núcleo essencial e matricial”, isto é, a dignidade humana, a exemplo da proteção do direito à vida, da discriminação racial e do trabalho escravo⁹⁵⁵. Por fim, cumpre mencionar que de 2006 a 2015, após análise de 147 acórdãos, não se verificou uma única menção por parte do Tribunal Constitucional Português acerca do debate sobre a eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares⁹⁵⁶.

Na Espanha, não há uma posição firmada nem por parte da doutrina nem por parte do Tribunal Constitucional do Reino da Espanha⁹⁵⁷, muito embora seja “*en una cuestión que sigue despertando interés entre los juristas europeos (mucho más que entre los norteamericanos)*”⁹⁵⁸. Steinmetz⁹⁵⁹ aponta Juan María Bilbao Ubillos⁹⁶⁰ como defensor de uma “versão fraca” ou “*eficacia atenuada*” onde a eficácia imediata dos direitos fundamentais entre particulares se daria com mais intensidade “nas relações marcadas pela desigualdade fática”.

Entretanto, algumas considerações importantes são feitas pelo referido constitucionalista espanhol que merecem destaque. Ele desenvolve seu pensamento partindo da premissa de que, “*en el articulado de la Constitución española no hay puntos de apoyo sólidos, concluyentes, para acoger la tesis de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente*

⁹⁵⁴ “E, pois, da própria vinculação de todos os poderes do Estado, designadamente, do legislador e do jogador, que resulta uma obrigação de ‘interpretação conforme aos direitos fundamentais’ do direito ordinário, a qual já levará, na grande maioria dos casos, a uma congruência de resultados entre direito constitucional e direito privado”. PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 155.

⁹⁵⁵ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 155.

⁹⁵⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 292.

⁹⁵⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 293.

⁹⁵⁸ UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español*. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 182.

⁹⁵⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 168.

⁹⁶⁰ UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español*. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

a terceros, aunque tampoco los hay, a nuestro juicio, para rechazarla rotundamente”⁹⁶¹. Para ele, “en el ordenamiento español no faltan ejemplos de derechos que despliegan una eficacia directa en ausencia de previsión legal”⁹⁶². Entretanto, e isso precisa ser reforçado, “la polivalencia de los derechos fundamentales no se resuelve en una trasposición mecánica e incondicionada de los mismos al campo de las relaciones jurídico-privadas”⁹⁶³.

A grande questão envolvendo o tema, portanto, é “cómo podemos articular y armonizar esa vigencia con los principios y valores específicos del Derecho privado presentes en cada caso”⁹⁶⁴. A resposta para Uvillos é a ponderação que “no tiene por qué resolverse necesariamente en favor del titular del derecho fundamental”, pois “no podemos dejarnos llevar, en este punto, por una suerte de fervor garantista, porque podríamos ‘anegar’ el ordenamiento de derechos fundamentales”⁹⁶⁵. Com lucidez, o constitucionalista espanhol alerta que, sob pena de funcionalizar a liberdade individual, não se pode correr o risco de “un cierto fundamentalismo maximalista en la aplicación de las normas constitucionales, de un voluntarismo bien intencionado que puede chocar con las exigencias técnicas y lógicas del ordenamiento”⁹⁶⁶.

Não se pretendeu aqui trabalhar exaustivamente a temática abordada pelos referidos países. Contudo, através da doutrina desses três referenciais teóricos (Perlingieri, Mota Pinto e Uvillos), defensores da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é possível perceber uma considerável preocupação com o respeito à aplicação e interpretação da legislação ordinária, em especial o Direito Civil. Muito embora isso não tenha sido dito de maneira direta, mas a colonização do Direito Civil por parte do Direito Constitucional deve ser motivo de atenção por parte dos civilistas.

⁹⁶¹ UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español*. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007. p. 179.

⁹⁶² UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español*. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007. p. 189.

⁹⁶³ UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español*. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007. p. 207.

⁹⁶⁴ UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español*. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007. p. 211.

⁹⁶⁵ UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español*. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007. p. 211.

⁹⁶⁶ UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español*. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007. p. 211.

4.4.2.4 A Eficácia Direta ou Imediata na Doutrina Brasileira

A doutrina brasileira adota majoritariamente a tese da eficácia direta ou imediata.

Em recente obra, Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva (discípula de Gustavo Tepedino, participe, portanto, da primeira escola de Direito Civil abordada neste trabalho)⁹⁶⁷ parecem enfrentar diretamente a doutrina de Otavio Luiz Rodrigues Junior, ao abordar o tema sob o título da “aplicabilidade direta das normas constitucionais”. Para eles, desde a década de 1980, o Direito Civil brasileiro reclama “a imprescindibilidade da aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado”⁹⁶⁸, entretanto, não obstante “o relativo consenso obtido quanto à eficácia normativa do Texto Constitucional”, verifica-se “ainda forte resistência quanto à sua aplicação direta nas relações intersubjetivas”⁹⁶⁹. Esta oposição, segundo eles, estaria fundamentada em dois argumentos: (i) a redução da função do Estado Social que teria diminuído o papel interventivo do Estado, “tornando desnecessária e até indesejada a aplicação direta do texto constitucional nos espaços de atuação da autonomia privada”. Para os referidos doutrinadores, o referido argumento não prospera, em virtude da “absoluta atualidade da discussão acerca da força normativa dos princípios constitucionais e de sua aplicação nas relações jurídicas de direito privado, a despeito das tendências neoliberais”⁹⁷⁰.

Para eles, a discussão da aplicabilidade direta ganhou novo fôlego com o debate europeu em torno da unificação da Europa, “sendo o jurista conclamado a ponderar e harmonizar as diretivas transnacionais na ordem constitucional interna de cada Estado-membro”⁹⁷¹⁹⁷². Em sua ótica, a diminuição do assistencialismo estatal brasileiro não aponta qualquer redução ou enfraquecimento do debate concernente à constitucionalização do direito civil, “sendo tal metodologia decorrência imperativa não do tamanho que se pretenda atribuir ao Estado, mas da concepção unitária e hierarquicamente centralizada do ordenamento

⁹⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. Fundamentos do direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

⁹⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. Fundamentos do direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 16.

⁹⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. Fundamentos do direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 16.

⁹⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. Fundamentos do direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 16.

⁹⁷¹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. Fundamentos do direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 16.

⁹⁷² Sobre essa temática, ver também: VAN DER WALT, Johan. **The horizontal effect revolution and the question of sovereignty**. Walter de Gruyter GmbH & Co KG, 2014.

jurídico”⁹⁷³. Acolhendo visivelmente a doutrina do respeitável Prof. Perlingieri⁹⁷⁴, Tepedino e Oliva, muito embora reconheçam uma mudança na forma de intervenção estatal, compreendem que isso “não subleva a imprescindibilidade da submissão da autonomia privada aos princípios normativos que, inseridos no vértice da hierarquia mandamental, plasam, funcionalizam e asseguram o valor social da livre iniciativa”⁹⁷⁵. O foco, portanto, deve se voltar à questão primordial, qual seja “a indispensável unidade interpretativa exigida no cenário de pluralidade de fontes normativas, a partir dos valores constitucionais”, que reclama uma “utilização direta na solução das controvérsias do direito privado assegura, a um só tempo, a abertura do sistema e a sua unidade”⁹⁷⁶.

Maria Celina Bodin de Moraes⁹⁷⁷ indaga “de que modo e consoante qual técnica se torna possível aplicar as regras constitucionais no campo do Direito Civil”. Para ela, o primeiro passo estaria na teoria da interpretação, em especial no art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro segundo o qual “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. No cumprimento desta norma, não haveria que se falar em livre arbítrio do magistrado eis que tanto ele quanto o intérprete estão vinculados aos conceitos de finalidade social e exigências do bem comum delimitados pelo texto constitucional. Mesmo diante do caso de “aparentemente perfeita subsunção à norma de um caso concreto, é necessário sempre buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico”.

Ensina Moraes⁹⁷⁸ que a norma ordinária deverá sempre ser aplicada juntamente com a norma constitucional que atua no caso concreto como sua razão de validade. Logo, a norma constitucional assumiria no Direito Civil a função de modificar os institutos tradicionais através de sua aplicação direta. A supremacia constitucional, nesse contexto, reclamaria que a função social deva ser vista como “elemento interno da estrutura do direito subjetivo”.

Como se percebe, os grandes civilistas representantes da primeira escola, não existe um aprofundamento acerca da eficácia direta por parte dos adeptos da primeira escola, até

⁹⁷³ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. Fundamentos do direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 20.

⁹⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁹⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. Fundamentos do direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 20.

⁹⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. Fundamentos do direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 20.

⁹⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 16.

⁹⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 17.

porque, como procede Perlingieri, ao adotar uma metodologia de aplicação e interpretação distinta da segunda escola com premissas bem distintas da primeira.

Para Gustavo Tepedino⁹⁷⁹, o civilista comete um equívoco ao imaginar que os particulares não são o destinatário direto dos preceitos constitucionais, mas sim o legislador ordinário. Não cabe ao civilista apenas se preocupar com os preceitos constitucionais em casos extremos que exigem o controle de constitucionalidade. Este preconceito “o faz refém do legislador ordinário, sem cuja atuação não poderia reinterpretar e revisitar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados pela Constituição”.

Acerca da aplicabilidade direta das normas constitucionais, entende Paulo Lôbo⁹⁸⁰ que “os constitucionalistas estão marcadamente influenciados pela doutrina alemã e reducionista da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*)”. Acontece que, para Lôbo, a norma do parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição Federal Brasileira é clara quando diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”, o que não acontece na Constituição alemã cuja oponibilidade só acontece ante o Estado. “E por isso as construções cerebrinas, até mesmo de um civilista extremamente sagaz, como Canaris, que buscou um *by pass* para aplicação dos direitos fundamentais entre os privados, que é o dever de proteção”.

Paulo Lôbo⁹⁸¹ diz textualmente que os constitucionalistas brasileiros que adotam a teoria da eficácia indireta dão as costas para realidade brasileira e “todos os nossos constitucionalistas que escreveram sobre a matéria, escreveram mal”. De acordo com seu entender, “se essa tese fosse a que prevalecesse, nenhuma norma da Constituição poderia ter sido aplicada, após o advento da Constituição, como o direito à igualdade entre homens e mulheres na relação conjugal”. Seu pensamento baseia-se também na teoria da força normativa da Constituição que teria três pontos essenciais: (i) capacidade de revogação das normas

⁹⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. p. 50.

⁹⁸⁰ LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: ENRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 23. Disponível em: <http://www.ufal.edu.br/unidadeacademica/fda/pos-graduacao/mestrado-em-direito/publicacoes/artigos-do-professor-marcos-erhardt/livro-direito-civil-constitucional-a-ressignificacao-da-funcao-dos-institutos-fundamentais-do-direito-civil-contemporaneo-e-suas-consequencias>. Acesso em: 10 dez. 2019.

⁹⁸¹ LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: ENRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 23. Disponível em: <http://www.ufal.edu.br/unidadeacademica/fda/pos-graduacao/mestrado-em-direito/publicacoes/artigos-do-professor-marcos-erhardt/livro-direito-civil-constitucional-a-ressignificacao-da-funcao-dos-institutos-fundamentais-do-direito-civil-contemporaneo-e-suas-consequencias>. Acesso em: 10 dez. 2019.

anteriores; (ii) declaração de incondicionalidade das normas infraconstitucionais supervenientes com elas incompatíveis; (iii) interpretação das normas infraconstitucionais em conformidade com a Constituição. Esta compreensão decorreria do fato de que “os princípios estão acima das leis ordinárias, acima de qualquer código e toda norma ao ser aplicada não pode ferir ou malferir um princípio constitucional”.

Enfrentando com mais profundidade os aspectos dogmáticos envolvidos, é possível citar as obras de Ingo Sarlet⁹⁸², Virgílio Afonso da Silva⁹⁸³ e Steinmetz⁹⁸⁴, considerados pelo próprio Sarlet⁹⁸⁵ como defensores de uma eficácia direta – embora não linear e absoluta – dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Ingo Wolfgang Sarlet⁹⁸⁶ defende que no Brasil é adequado se reconhecer uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais, ou seja, uma eficácia e vinculação flexível e gradual. A justificação desta doutrina não se daria apenas sob o ponto de vista dogmático, “mas também em função da necessidade evidente de limitação do poder social e como resposta às persistentes desigualdades sociais, culturais e econômicas, ainda mais acentuadas em sociedades periféricas como a do Brasil”.

Para ele, a solução constitucionalmente adequada reside na conjugação dos seguintes fatores: (i) as circunstâncias de cada caso concreto; (ii) as peculiaridades de cada direito fundamental e do seu âmbito de proteção; (iii) as disposições legais vigentes; (iv) a observância dos métodos de interpretação e de solução de conflitos entre direitos fundamentais. Tudo isso no sentido de compatibilizar o “núcleo essencial da autonomia privada e da liberdade contratual” com “os demais direitos fundamentais”⁹⁸⁷.

A assimetria entre as partes não constituiria um critério determinante, mas sim um critério justificador “da maior ou menor necessidade de efetivar os deveres de proteção do

⁹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007a.

⁹⁸³ Virgílio Afonso da Silva SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁹⁸⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

⁹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007b. p. 135.

⁹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007b. p. 131.

⁹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007b. p. 133.

estado, viabilizando eventual restrição (sempre proporcional!) da autonomia privada do ator social ‘poderoso’ em benefício da parte mais frágil da relação”⁹⁸⁸⁹⁸⁹.

A contribuição de Wilson Steinmetz⁹⁹⁰ reside no fato de que, no seu entender, “a eficácia mediata [...] pode ser caracterizada como uma ‘negação dissimulada’ da eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares”. Ao trazer um contraponto sobre as críticas à eficácia imediata, ele expõe que os “teóricos da eficácia imediata não propõem que as ponderações do juiz devam se sobrepor às ponderações do legislador democraticamente legitimado”. Pelo contrário, se existe legislação ordinária que desenvolva direitos fundamentais e “se este desenvolvimento é compatível com a Constituição, então o juiz não poderá se sobrepor a ele sobre pena de violar os princípios democráticos e da separação de poderes”.

Rodrigues Junior⁹⁹¹, ao abordar a teoria da eficácia direta na doutrina Brasileira, na verdade, efetuou uma distinção entre os modelos fraco e forte. No primeiro, estaria Sarlet já no segundo estariam Gustavo Tepedino, Daniel Sarmento, Steinmetz, Paulo Lôbo e Maria Celina Bodin. Pois bem, considerando os demais fundamentos do modelo forte apresentados por Rodrigues Junior e já expostos acima através da apresentação sucinta da ideia dos referidos autores, chama a atenção a citação à obra de Daniel Sarmento acerca do pós-positivismo. De acordo com Sarmento, “o pós-positivismo introduziu maior elasticidade, dinamismo e riqueza axiológica na interpretação e na aplicação do direito, o que pressupõe flexibilização do conceito de segurança jurídica, algo que não é peculiar às relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado”⁹⁹².

As objeções à doutrina da eficácia indireta residem nas seguintes questões: (i) ausência de norma expressa na Constituição Federal; (ii) O equívoco em se equiparar a relação vertical particular/Estado à relação horizontal particular/particular, haja vista o Estado não ser titular de

⁹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007b. p. 135.

⁹⁸⁹ “O modelo *fraco* de eficácia direta, nos termos apresentados por Ingo Wolfgang Sarlet em 2000, tem sido aperfeiçoado por ele em textos mais recentes. Pode-se até afirmar que se deu um estreitamento na via da eficácia direta. Em artigo de 2012, encontra-se a tese de que haveria um “relacionamento dialético e dinâmico de influência recíproca” entre o Direito Privado e a Constituição. Ademais, o autor afirma que “não nos parece a solução mais adequada – pelo menos em termos terminológicos – falar em um Direito Civil-Constitucional ou de um Direito Privado com ‘status’ ou hierarquia constitucional”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 299-300.

⁹⁹⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 174-175.

⁹⁹¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

⁹⁹² Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 301.

direitos fundamentais assim como o são os particulares; (iii) na ação entre os particulares, especialmente nas relações negociais, existe uma maior atenção ao princípio da autonomia privada. Com base nestes pressupostos, Alfaro Aguila-Real⁹⁹³ aduz que “a *Drittwirkung* imediata é um instrumento demasiado simples para resolver problemas práticos tão variados e complexos como os relativos à vigência social dos direitos fundamentais”⁹⁹⁴; (iv) identidade do direito privado.

Para Konrad Hesse⁹⁹⁵:

mediante el recurso inmediato a los derechos fundamentales amenaza con perderse la identidad del Derecho Privado, acuñada por la larga historia sobre la que descansa, en perjuicio de la adecuación a su propia materia de la regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales. Aparte de ello, correría peligro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado, la autonomía privada, si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieran renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal

(v) Hesse⁹⁹⁶ ainda chama a atenção para o perigo de os tribunais constitucionais se tornarem “*en el supremo tribunal de los conflictos jurídico-civiles y asumir de este modo un papel que la Ley Fundamental no le ha conferido*”; (vi) o perigo da inflação dos direitos fundamentais que não podem ser converter “*en la plaga de una inflación de los derechos fundamentales, con la cual el Derecho Privado tendría poco que ganar, y los derechos*

⁹⁹³ Cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 172.

⁹⁹⁴ Segue posição de Sarlet a qual não se filia este trabalho: “A questão da eficácia da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, especialmente dos direitos a prestações sociais, ainda não foi muito explorado na doutrina brasileira, embora se nota a existência já de alguns estudos sobre o tema. Para um adequado equacionamento do problema é preciso relembrar que os direitos sociais mesmo como direitos a prestações não podem, pelo menos no Brasil, serem reduzidos à noção de direitos a prestações estatais. ... Ainda que seja correto afirmar que os particulares não estão obrigados, em princípio e com base nas normas de direitos fundamentais sociais, a edificar escolas e hospitais, fornecer medicamentos ou outras prestações sociais típicas, isto não leva inexoravelmente à conclusão que os direitos sociais não alcançam eficácia direta alguma na esfera das relações entre particulares. ... O princípio da solidariedade tem sido utilizado como pauta argumentativa a justificar a eficácia de direitos a prestações fáticas em relação a particulares. Também aqui – embora se possa aceitar o reforço argumentativo sugerido, como um importante fundamento adicional – recomenda-se extrema cautela, já que também em homenagem ao bom nome da solidariedade é sempre possível justificar uma limitação excessiva da dimensão individual e subjetiva dos direitos fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007b. p. 141.

⁹⁹⁵ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Editorial Civitas, S.A. Madrid: España, 1995, p. 60-61.

⁹⁹⁶ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Editorial Civitas, S.A. Madrid: España, 1995, p. 61.

fundamentales y su verdadero significado mucho que perder”⁹⁹⁷; (vii) por derradeiro, Steinmetz⁹⁹⁸, mesmo sendo adepto da eficácia direta, aponta que os adversários desta tese alertam para o considerável perigo aos princípios da segurança jurídica e dos princípios democráticos da separação dos poderes. O princípio da segurança jurídica não seria melhor observado se os direitos fundamentais se projetassem nas relações entre particulares por intermédio do Poder Legislativo, no primeiro plano, e, subsidiariamente, do Poder Judiciário, em segundo plano? De acordo com o princípio democrático e da separação dos poderes, a decisão sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é de competência do legislador ou do juiz? Se não competir, em primeiro plano, à lei o estabelecimento do que sejam e em que medida devam ser interpretados e aplicados os valores sociais constitucionais, abre-se uma brecha inconstitucional aos universos particulares e subjetivos de cada magistrado brasileiro.

É preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre a Justiça (social) e a Lei, evitando-se uma esquizofrenia que visa “demonizar” ou “santificar” ambas as posições, jogando-as umas contra as outras. A eficácia direta não seria um atropelamento metodológico indevido que apenas traz mais obscuridade ao intérprete e o aplicador do Direito? A eficácia direta não seria uma substituição do juiz boca da lei pelo juiz que sempre pondera princípios, ou seja, que substituiu o mecanicismo por um decisionismo solidaristas fundamentado na consciência eivada de ideologias particulares e valorações de ordem subjetiva? A eficácia direta não seria uma porta aberta no ordenamento Civil para transformar a interpretação em um mero ato de vontade?

Por fim, “é raro encontrar-se casos em que a legislação infraconstitucional apresente uma lacuna de proteção do titular de um direito fundamental, fazendo-se necessário recorrer aos direitos fundamentais para a consecução da proteção adequada”⁹⁹⁹.

Estas considerações são suficientes para recusar a abstrata, subjetiva e volátil hipótese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares como solução mais adequada para a realização da dignidade humana do Direito Civil brasileiro, restando, a seguir, o teste da hipótese da eficácia indireta.

⁹⁹⁷ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Editorial Civitas, S.A. Madrid: España, 1995, p. 67.

⁹⁹⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 173.

⁹⁹⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 132.

4.4.2.5 A Eficácia Direta ou Imediata no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal em poucos casos isolados tem aplicado em sua fundamentação a teoria da eficácia direta nos conflitos entre privados. No julgamento do RE 161.243 do Distrito Federal, relatoria do Ministro Carlos Velloso e julgado no ano de 1996¹⁰⁰⁰, a Suprema Corte, nos autos de uma reclamação trabalhista, entendeu por aplicar diretamente o princípio da isonomia para coibir discriminação salarial em virtude da nacionalidade. Joseph Halfin ingressou com reclamação trabalhista em face da COMPAGNIE NATIONALE AIR FRANCE alegando que a referida empresa lhe negava aplicação do Estatuto de Pessoal da empresa que, no caso, só alcançaria funcionários franceses. O Tribunal Superior do Trabalho inadmitiu o Recurso Extraordinário sob o argumento de que a discussão versava sobre norma regulamentar da empresa. Contudo o Supremo Tribunal Federal entendeu em sua fundamentação que deveria ocorrer a aplicação direta do princípio isonômico haja vista a matéria em debate ser de índole constitucional.

Ao comentar sobre esse julgado, Dimoulis e Martins¹⁰⁰¹ aduzem que do ponto de vista jurídico-dogmático este julgado cometeu um equívoco eis que a matéria em debate estava devidamente tutelada pela esfera infraconstitucional. Só que a questão não é tão simples como parece. Considerando o princípio constitucional da razoável duração do processo, a flagrante violação constitucional e a relevante natureza da verba pleiteada (alimentar), não seria a hipótese de excepcionar e aplicar a eficácia direta para encerrar definitivamente a questão?

Outro julgado do Supremo Tribunal Federal mencionado pela doutrina é o seguinte:

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-

¹⁰⁰⁰ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>. Acesso em 5 mar. 2020.

¹⁰⁰¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 133.

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. (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

Dimoulis e Martins¹⁰⁰² consideram que a teoria do efeito horizontal apenas foi mencionada no referido julgado por força retórica (*obiter dictum*) mas sem qualquer influência no resultado final. Isso porque o “STF reconheceu que houve violação do direito, mas considerou que isso ocorreu porque a Associação exercia o poder público, apesar de ser pessoa jurídica de direito privado”. Logo, “a vinculação ao direito fundamental da ampla defesa não

¹⁰⁰² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 134.

decorria do efeito horizontal, mas da clássica vinculação vertical do poder público aos direitos fundamentais”.

Para Rodrigues Junior¹⁰⁰³ a tese acolhida pelo referido julgado mais se aproximou da doutrina norte americana do *state action* do que da teoria da eficácia direta propriamente dita.

No final das contas, nos dizeres de Dimoulis e Martins¹⁰⁰⁴ “a forma leviana como o STF tratou e aplicou essa relevante teoria contribuiu para o oposto do pretendido”.

4.4.3 A Eficácia Indireta ou Mediata dos Direitos Fundamentais nas Relações Particulares

Este é o penúltimo tópico deste trabalho. O próximo será o enfrentamento direto da realização da dignidade humana mediante a teoria da eficácia mediata fraca conforme doutrina de Otavio Luiz Rodrigues Júnior. O modelo da eficácia indireta tem na sua base o caso Lüth já examinado alhures. Deste modo, competirá ao presente tópico avaliar de maneira sucinta outros importantes aspectos consoantes desenvolvimento a seguir.

4.4.3.1 Günter Dürig: Aspectos Bibliográficos, Sistema de Valores e Doutrina

A base doutrinária da tese da eficácia mediata ou indireta está em Günter Dürig, nascido na “Alta Silésia, na então cidade alemã de Breslau, atualmente Breslávia, território polonês, no ano de 1920”¹⁰⁰⁵. Aos 29 anos de idade, ele se doutorou habilitou-se para “Direito Constitucional, Direito Administrativo e Teoria do Estado em 1952”, tornando-se “catedrático de Direito Público na Universidade de Tübingen no ano de 1956”¹⁰⁰⁶. Com uma produção literária pequena, sua maior contribuição foi a doutrina da dignidade humana, acolhida na jurisprudência do TCF. Dürig faleceu em 22 de novembro de 1996 e nunca teve qualquer envolvimento político. Além do mais foi magistrado até sua aposentadoria em 1985 do Tribunal Administrativo de Baden-Württemberg¹⁰⁰⁷.

A doutrina da eficácia indireta dos direitos fundamentais em relação aos particulares tem início no texto intitulado *Direitos fundamentais e jurisdição civil* de 1956. Entretanto, não

¹⁰⁰³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 313.

¹⁰⁰⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 135.

¹⁰⁰⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 306.

¹⁰⁰⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 306.

¹⁰⁰⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 307.

se pode desconhecer o valor de sua obra de 1952 com o título *A concepção de pessoa humana da Lei Fundamental*. Os dois textos relevam o contexto da “dogmática jurídica alemã do segundo pós-guerra: a busca por uma pauta axiológica para dar fundamento a uma ordem jurídica que, por quase 15 anos, se manteve exclusivamente sob o prestígio do *Führerprinzip*”¹⁰⁰⁸.

O pós-guerra trouxe um grande avanço à teoria geral dos direitos fundamentais ao considera-los não apenas “declarações de princípios”, mas verdadeiras normas jurídicas que conferem direitos subjetivos aos indivíduos, ressalvados os direitos fundamentais sociais aos particulares, cujo debate deve ser objeto de discussão em outra oportunidade. Uma outra mudança de paradigma no âmbito dos direitos fundamentais diz respeito a uma função adicional e válida para todo ordenamento jurídico: o fato de eles expressarem um sistema de valores, e não apenas uma função de abstenção (liberdades públicas) e de prestação (direitos sociais)¹⁰⁰⁹.

É bem verdade que o caso Lüth trouxe a vitória do conceito de ordem objetiva de valores no pós-guerra. Entretanto, é preciso refletir, rememorar e identificar as debilidades dos modelos axiológicos. A esse propósito, Otavio Luiz Rodrigues Junior¹⁰¹⁰ cita oportunamente Marcelo Neves:

A experiência histórica é contundente a esse respeito. Durante o nacional-socialismo, foram precisamente os juristas que proclamaram a importância de princípios orientados por valores e teleologias, especialmente nos termos da tradição hegeliana, que pontificaram nas cátedras. Autores ditos ‘formalistas’, os quais Hauke Brunkhorst relacionou sugestivamente ao ‘positivismo jurídico democrático’, destacando-se Hans Kelsen, foram banidos de suas cátedras ou não tiveram acesso ao espaço acadêmico. Evidentemente, para o ‘Führer’, um modelo com ênfase em regras constitucionais e legais seria praticamente desastroso.

Civilistas como Nipperdey, Larenz, Wieacker e especialistas em Direito do Estado como Schmitt e Maunz “forneceram as bases para uma ordem jurídica fundada nos valores da ‘comunidade do povo alemão’, do ‘socialismo’, dos ‘valores do trabalho’ e da ‘igualdade’ nos anos 1932-1945”¹⁰¹¹. Estes mesmos autores, após reconstruírem rapidamente suas carreiras,

¹⁰⁰⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 307.

¹⁰⁰⁹ Virgílio Afonso da Silva SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 77.

¹⁰¹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 308.

¹⁰¹¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 308.

lideraram o retorno aos valores, desta vez como “apóstolos de uma sociedade democrática e social”¹⁰¹².

Sobre esta circunstância, Rodrigues Junior¹⁰¹³ denuncia:

A se comprovar tal assertiva, veja-se que Larenz, em seu *Direito das Obrigações* (edição de 1987), é o defensor da preservação dos espaços da autonomia privada. Ele, porém, em 1935, escreveu uma das páginas mais sórdidas da literatura jurídica ao definir que somente o integrante da “comunidade do povo alemão” (aquele que possui sangue ariano) é sujeito de direito. Tal enunciado, segundo Larenz, poderia ser colocado no ápice do ordenamento jurídico, em substituição ao conceito de capacidade jurídica do §1º, BGB, referente a “todo ser humano”. Ao menos de acordo com os registros históricos, Dürig foi uma exceção em meio a esses juristas “reinventados”. Sua boa-fé intelectual transparece de seus escritos, que servem de base para a formação da teoria que agora se analisa.

Partindo dos registros históricos, é possível verificar boa-fé intelectual em Dürig, uma exceção aos juristas “reinventados” do regime nazista¹⁰¹⁴.

A base da teoria da eficácia indireta (*indirekte Drittwirkung*) ou mediata (*mittelbare Drittwirkung*) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares está no “reconhecimento de um direito geral de liberdade, consagrado pela grande maioria das constituições das democracias ocidentais¹⁰¹⁵. Seria esse direito a barreira que impediria que os direitos fundamentais tivessem “um efeito absoluto nas relações privadas, o que significaria um total domínio do direito constitucional sobre o direito privado”¹⁰¹⁶.

Resumidamente, com o auxílio de Rodrigues Junior¹⁰¹⁷ é possível resumir a obra de Günter Dürig a partir das seguintes ideias. A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ocorrer por intermédio (mediante) das “portas de entrada” (cláusulas gerais¹⁰¹⁸)

¹⁰¹² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 308.

¹⁰¹³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 308.

¹⁰¹⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 309.

¹⁰¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 75.

¹⁰¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 75.

¹⁰¹⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 309-310.

¹⁰¹⁸ “No direito privado, as cláusulas gerais são havidas como recurso interpretativo-aplicativo, que o legislador põe a disposição do juiz, para restrição, *in concreto*, da autonomia privada e do exercício de direitos ou interesses subjetivos legais. Ora, ao ‘informar’ ou ‘constituir’ o conteúdo das cláusulas gerais no caso concreto, os direitos fundamentais operam como limites à autonomia privada”. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 147.

existentes no Direito Privado. A função das cláusulas gerais não serviria apenas para intermediar, mas também para calibrar essa penetração, salvaguardar a autonomia do direito privado e garantir a unidade do sistema jurídico. Neste sentido, competiria à dignidade da pessoa humana ser o núcleo da ordem jurídica com função orientadora da “ordem objetiva de valores”.

Outro ponto muito importante diz respeito ao modo como se daria o preenchimento¹⁰¹⁹ das cláusulas gerais¹⁰²⁰ pelos direitos fundamentais. Isso ocorreria em três graus de intensidade: no primeiro, haveria o esclarecimento dos conceitos; no segundo, haveria o estudo acerca da necessidade de atualização dos conceitos do sistema jurídico¹⁰²¹; no terceiro, as cláusulas gerais preencheriam as lacunas. Como se vê, a mediação legislativa é o foco da doutrina de Dürig, deste modo, não poderia o magistrado simplesmente desconsiderar a lei recorrendo diretamente ao texto constitucional.

4.4.3.2 Núcleo da Teoria e Premissas Básicas

Para os defensores da eficácia mediata, a função do legislador seria a de exatamente concretizar os direitos fundamentais por intermédio da lei delimitando assim “o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares”¹⁰²². Já a função do Poder Judiciário, diante da ausência normativa, competiria dar eficácia às normas de direitos fundamentais por intermédio interpretação da legislação ordinária conforme aos direitos fundamentais, especialmente das cláusulas gerais (ordem pública, bons costumes, boa-fé, moral, abuso de direito, finalidade social do direito).

¹⁰¹⁹ No caso Lüth, o TCF alemão limitou-se a verificar que as instâncias ordinárias não interpretaram um conceito jurídico indeterminado do Código Civil alemão à luz do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento de Erich Lüth, um típico direito fundamental de status negativus”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 128.

¹⁰²⁰ “As cláusulas gerais – por terem a função de oportunizar e legitimar a introdução judicial de juízos de valorativos, jurídicos (intra-sistêmicos) e metajurídicos (metassistêmicos), limitativo do princípio da autonomia privada e do exercício de direitos ou interesses subjetivos legais – serviriam como cláusula de abertura para influência ou irradiação dos direitos fundamentais no direito privado”. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 138.

¹⁰²¹ “Um exemplo dessa função está no tratamento a ser dado à proibição do casamento entre “ariano” e “não ariano”. Essa era uma norma herdada do sistema pré-constitucional (anterior a 1949) e que não poderia mais ser reconhecida na vigência da LF/1949 por sua incompatibilidade com a nova ordem de valores”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 309.

¹⁰²² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 137.

A base da teoria da eficácia mediata reside no fato de que os direitos fundamentais servem como sistema de valores (*Wertsystem*) que se irradiam (*Ausstrahlungswirkung*)¹⁰²³ no direito ordinário e não como direitos subjetivos dos particulares, conforme expressamente apresentado pelo TCF no caso Lüth. Além do mais, “ela preserva autonomia privada como princípio fundamental do direito privado e como princípio que deflui do direito geral de liberdade”¹⁰²⁴; garante de forma mais adequada o postulado da certeza jurídica uma vez que traz um maior de especificidade e de detalhamento, o que não ocorre nos direitos fundamentais; impede a ‘panconstitucionalização’ ordenamento jurídico cujos frutos são a banalização dos direitos fundamentais, constitucionalização exacerbada dos casos de Direito Civil e, por fim, a sobrecarga da jurisdição constitucional¹⁰²⁵.

As premissas básicas da eficácia mediata residem nos seguintes aspectos. O primeiro deles é o fato de que os direitos fundamentais são direitos subjetivos de defesa (direitos de liberdade) perante do Estado, assim como diretos à proteção, vinculando imediatamente apenas o Estado. Em suma, a vinculação dos particulares ocorre de maneira mediata eis que “se fundamenta na dimensão objetiva dos direitos fundamentais e não na dimensão subjetiva”¹⁰²⁶. A segunda premissa tem relação com a seguinte pergunta: quem deve respeitar os direitos e garantias fundamentais? Dimoulis e Martins¹⁰²⁷, ao enfrentarem o tema referente aos destinatários ou sujeitos passivos das normas de direito fundamental, respondem que “direitos fundamentais correspondem a deveres do Estado”, sejam na forma de proteção, sejam na forma de prestação, e não dos particulares. Defender a tese de que os direitos fundamentais são dotados de “eficácia *erga omnes*” não passaria de “apelo retórico, pois a determinação dos sujeitos passivos depende da formulação de cada direitos das garantias previstas”. No final das contas, “os direitos fundamentais que de forma imediata vinculam o Estado trazem também consequências a outros titulares pela via indireta” mediante ação do Poder judiciário. “Esse é o espírito que norteia a teoria e dogmática do efeito horizontal e do dever estatal de tutela”.

¹⁰²³ “[...] mesmo quando o legislador não levar em consideração uma situação de poder que possa prejudicar a parte mais fraca, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz (daí a metáfora do “efeito de irradiação”!) Dos direitos fundamentais, permitindo o respeito a ordem constitucional que não tolera agressões dos direitos fundamentais, mesmo quando essas provierem de particulares” (DIMOULIS E MARTINS, 2018, p. 124).

¹⁰²⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 139.

¹⁰²⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 139-140.

¹⁰²⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 154.

¹⁰²⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 120-121.

A terceira premissa tem a ver com a desigualdade fática. Seria esta desigualdade condição necessária? A resposta é não. No próprio caso Lüth não havia proeminência de poder social. Sobre este tópico, segue doutrina de Dimoulis e Martins¹⁰²⁸:

O critério decisivo para aplicação da teoria do efeito horizontal não é uma desigualdade geral e de cunho material (ricos vs. pobres, empregados vs. empregadores, empresas vs. consumidores etc.), mas uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica que deve ser avaliado e comprovada concretamente em cada caso. Mesmo assim, essa desigualdade que também fará parte da análise judicial não é fundamento defeito horizontal, mas o próprio vínculo do estado juiz a todos os direitos fundamentais, no caso, principalmente, dos direitos fundamentais de resistência suscetíveis que são ditas constelações tripolares em oposição aos direitos sociais que se aplicam em constelações bipolares por excelência.

A quarta premissa diz respeito ao como devem operar os direitos fundamentais em um conflito jurídico entre particulares se ambos os litigantes são titulares de direitos fundamentais, o que não ocorre na relação Estado/particular? Konrad Hesse¹⁰²⁹, um dos grandes defensores da eficácia mediata, compreende que no caso de colisão “*al Derecho Civil le corresponde así la tarea, sumamente complicada, de encontrar por sí mismo el modo y la intensidad de la influencia de los derechos fundamentales*”.

A quinta premissa é que a mediação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares seria medida por intermédio do Estado, através dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A sexta premissa residiria na autonomia do direito privado, em especial do Direito Civil, diante do sistema do Direito Constitucional. *Será que o Direito Civil não teria condições suficientes de garantir espaços de liberdade ao desenvolvimento privado e de proteger, ao mesmo tempo, os bens e valores constitucionais mediante a legislação ordinária e o efeito de irradiação?* A eficácia direta dos direitos fundamentais é, de fato, a melhor saída para a realização da dignidade humana no Direito Civil sem qualquer filtro que depure analiticamente, analise e disseque o conteúdo da dignidade humana no caso concreto? Deve-se considerar a dignidade humana uma subjetiva, genérica e amorfa fórmula mágica ou “ferramenta de mil usos”, como diz Villey, a responder todas as questões de Direito Civil?

A sexta premissa reside nos seguintes problemas dos direitos fundamentais: (i) linguagem ambígua e vaga; (ii) ausência de regulação específica, circunstanciada e clara; (iii)

¹⁰²⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 125.

¹⁰²⁹ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Editorial Civitas, S.A. Madrid: España, 1995, p. 60.

inexistência de suportes fáticos de incidência com as respectivas consequências jurídicas. Em resumo, sem qualquer regulamentação específica por parte do próprio Estado, os direitos fundamentais serão apenas um conjunto de regras de moralidade refém de subjetivismos ideológicos¹⁰³⁰.

4.4.3.3 *As Quatro Matizações Teóricas*

Steinmetz¹⁰³¹ aponta para quatro tipos de matizações teóricas. A primeira, com pouquíssimos adeptos, teria em García Torres e Cruz Villalón a sua fonte dogmática. Para essa concepção intensamente restritiva, não há que se falar em eficácia de direitos fundamentais sem a concretização legislativa. Ou seja, o juiz só pode atribuir eficácia de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares “se o legislador constituinte, a lei e a corte constitucional assim não decidiram expressamente”¹⁰³².

A segunda corrente, defende uma eficácia realizada a partir dos seguintes passos: (i) preferencialmente pela lei; (ii) na ausência de lei, o juiz decide com base nas cláusulas gerais preenchidas pelo conteúdo dos direitos fundamentais; (iii) não sendo possível uma solução judicial, não haveria que se falar em vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. O defensor desta corrente seria Alfaro Aguila-Real.

Para a terceira corrente, o seguinte percursos deveria ser observado: (i) preferencialmente pela lei; (ii) na ausência de lei, o juiz decide com base nas cláusulas gerais preenchidas pelo conteúdo dos direitos fundamentais; (iii) não sendo possível uma solução judicial, haveria a aplicação imediata dos direitos fundamentais apenas nas hipóteses de relevante desigualdade fática. O defensor desta corrente seria Konrad Hesse.

¹⁰³⁰ Aqui adota-se o entendimento de Michel Villey de que não existe direito sem um juiz, isto é, sem a presença do Estado. “O único direito perfeito é o Direito Civil. Ainda subsiste, por certo, uma flutuação da língua grega que se deve a ambiguidade imanente do termo *dikaion*, ao qual a palavra *dikaion* é aparentada. A equivocidade do termo Justiça é uma brecha através da qual poderão se introduzir outras definições do direito. Mas o pensamento de Aristóteles não é menos firme. O direito só pode ser exercer numa cidade organizada. Não pode existir sem um juiz – e sem constituição pública. Retomemos o texto de Aristóteles: ele só atribui a qualidade de direito no sentido pleno e perfeito da palavra ao “*dikaion politikon*”: direito na cidade, direito ‘civil’, que visa as relações entre cidadãos chefes de família”. VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Martins Fontes, 2003. p. 84-85.

¹⁰³¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 148-151.

¹⁰³² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 149.

Por fim, a quarta matização seguiria os mesmos passos da terceira corrente independentemente de haver ou não relevante desigualdade fática. Esta corrente seria defendida por Carlos Mota Pinto.

4.4.3.4 *Críticas ao Modelo da Eficácia Mediata*

Muito embora seja plausível a preocupação com perigosa “panconstitucionalização” do sistema jurídico, Steinmetz¹⁰³³ compreende que “parece implausível supor que do direito privado, de modo especial do Direito Civil, seja possível subtrair, amplamente, competências e âmbitos materiais de regulação e transferi-los para as normas de direitos fundamentais e demais normas constitucionais”. Não há que se falar de uma relação de exclusão entre o Direito Constitucional e Direito Civil, mas de complementação.

De fato, “sem normas específicas de direito privado não é possível o exercício do direito de propriedade; sem normas de direito privado não é possível o exercício do direito de herança”¹⁰³⁴. A proteção constitucional de institutos de direito privado significa um “*plus* qualitativo, com qual direito privado só tem a ganhar” uma vez que “o legislador ordinário está obrigado desenvolvê-los e deles não pode dispor livremente a ponto de desfigura-los ou mesmo eliminá-los”¹⁰³⁵.

Partindo da premissa de que a vinculação dos particulares ocorre na dimensão objetiva dos direitos fundamentais e não na dimensão subjetiva, Steinmetz¹⁰³⁶ aduz que não existe pronunciamento, em regra, do Poder Constituinte acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, especialmente no que se refere ao modo, intensidade e extensão. Daí não se possível sustentar essa teoria.

Arguem os críticos que não se pode condicionar a proteção da dignidade humana nas relações privadas à vontade do legislador, “ou limitar o alcance das concretizações daquele princípio à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do direito

¹⁰³³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 153.

¹⁰³⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 154.

¹⁰³⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 154.

¹⁰³⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

privado”¹⁰³⁷, uma vez que a axiologia constitucional exige uma proteção completa e cabal contra vulnerabilidades sistêmicas decorrentes da omissão legislativa ou da ausência de cláusulas gerais.

Steinmetz¹⁰³⁸ indaga “qual é o ganho real ao afastar a aplicação imediata de normas de direitos fundamentais em favor da aplicação de cláusulas gerais preenchidas pelo conteúdo valorativo-objetivo dos direitos fundamentais” se ambos estão destituídos de clareza, previsibilidade, especificidade, detalhes e certeza jurídica? Se ambos exigem tarefas complexas de interpretação e aplicação? Poder-se-ia argumentar que em torno das cláusulas gerais “há um acúmulo teórico e dogmático maior, afinal elas são objeto de análise e construção jurídica desde fins do século XIX início do século XX?”¹⁰³⁹. A resposta para Steinmetz é negativa uma vez que o sentido das cláusulas gerais é variável, fluido, complexo e, segundo Canaris, de dogmatização inviável “eis que a concretização da valoração e a formação de proposições jurídicas só podem operar perante o caso concreto ou em face de grupos de casos considerados como típicos”¹⁰⁴⁰.

Outro agravante é que se cláusulas gerais não forem tratadas com rigor analítico podem ser confundidas facilmente com outros modos de “expressão legislativa” tais como os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios jurídicos.

Steinmetz não pretende fazer uma crítica às cláusulas gerais até porque para ele indeterminação, variabilidade e fluidez são virtudes que permitem mobilidade ao direito privado. O objetivo, na verdade, é questionar o por porque a eficácia mediata atende melhor a segurança jurídica do que a eficácia imediata se tanto os direitos fundamentais quanto as cláusulas gerais possuem a mesma característica de indeterminação.

Por fim, sem emitir resposta indaga Steinmetz¹⁰⁴¹: no caso de preenchimento das cláusulas gerais do Direito privado, os direitos fundamentais são tomados como normas jurídicas, valores ou cânones de interpretação? Para que não se efetue uma confusão metodológica, a resposta essa pergunta precisa de uns esclarecimentos: (i) qual o sistema

¹⁰³⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: Barroso, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119.

¹⁰³⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 162.

¹⁰³⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 162.

¹⁰⁴⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 163.

¹⁰⁴¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 164.

referencial adotado pela pergunta, ou seja, qual o sentido exato de “norma jurídica” (no sentido de Alexy?), “valores” (seria a teoria dos valores de quem?) e “cânones de interpretação” (seria a eficácia interpretativa decorrente do efeito de irradiação consoante doutrina de Böckenförde)? (ii) qual o modelo de eficácia indireta a que se direciona a pergunta? Sem estes esclarecimentos fica bastante difícil responder à referida pergunta.

A questão das cláusulas gerais será abordada com mais detalhes a seguir, entretanto uma ponderação merece ser feita: se já é difícil a dogmática do Direito Civil enfrentar a ausência de clareza, previsibilidade, especificidade, detalhes e certeza jurídica das cláusulas gerais dentro do campo do direito privado, imagine quão maior é o desafio para o civilista resolver um conflito jurídico entre particulares mediante aplicação direta de direitos fundamentais.

4.4.4 Outros modelos: da não Eficácia, da Convergência Estatista (Schwabe), da Teoria Integradora ou dos Três Níveis (Alexy) e sua Adaptação no Brasil (Virgílio Afonso da Silva) e da *State Action*

O modelo da não eficácia não encontra amparo algum no Brasil. Além do mais não possui qualquer relação com a eficácia indireta que nunca negou o princípio da supremacia hierárquica da Constituição. Para Rodrigues Junior, essa “insubmissão inventada” (“invenção das tradições”, conforme Eric Hobsbawm) está eivada de “fatores como preconceito, distorção histórica e também uma parcela de estratégia de combate em relação à autonomia epistemológica do sistema de Direito Privado”¹⁰⁴². Infelizmente (ou não), continua Rodrigues Junior, “esses fatores não são ordinariamente identificáveis em obras de Direito Constitucional e sim nos trabalhos de alguns civilistas”¹⁰⁴³.

Este modelo da não eficácia é defendido por um civilista alemão chamado *Uwe Diederichsen* cuja doutrina se baseia na existência de dois sistemas normativos distintos sem qualquer hierarquia recíproca¹⁰⁴⁴.

O modelo de convergência estatista foi desenvolvido por Jürgen Schwabe que considera um pseudoproblema a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. No seu entender, o particular responde pela violação de direito fundamental de outro particular se

¹⁰⁴² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 314.

¹⁰⁴³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 314.

¹⁰⁴⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 314.

houver previsão legal neste sentido, caso contrário, quem responderá pela violação é o próprio Estado. A premissa da teoria é a seguinte: “a violação de direitos fundamentais entre particulares são espécies de intervenções estatais: ao não as proibir, o Estado a está permitindo”¹⁰⁴⁵.

Outro exemplo que se aproxima da eficácia direta (apenas no terceiro nível) é o modelo dos três níveis de Robert Alexy (teoria integradora) que foi adequado ao sistema jurídico brasileiro através da obra de Virgílio Afonso da Silva¹⁰⁴⁶ conforme se verá a seguir.

Diante da ausência de unidade no tratamento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, Alexy conjuga o as três teorias básicas: eficácia imediata, eficácia imediata e teoria da imputação de Schwabe (direito de defesa perante o Estado)¹⁰⁴⁷. Nas palavras do próprio Alexy, “o modelo é composto por três níveis: o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados”¹⁰⁴⁸. Explica Alexy que “entre esses níveis não há uma relação de grau, mas de mútua implicação”¹⁰⁴⁹.

Em resumo, no primeiro nível (dever estatal) há uma vinculação do Estado (Legislativo e Judiciário) à ordem objetiva de valores. No segundo nível, o foco é a relação particular-Estado com a conexão entre a função de resistência e de proteção dos direitos fundamentais para sua realização no âmbito jurisdicional. Já no terceiro nível, a relação é entre particulares com aproximação ao modelo da eficácia direta. Contudo Alexy faz algumas distinções deixando claro que não se pode confundir a relação Estado/particular com particular/particular, pois ambas possuem distinção aos direitos exercitáveis e à intensidade eficaz. Alexy defende expressamente que o “juiz cível está vinculado *prima facie* ao Direito

¹⁰⁴⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 315.

¹⁰⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁰⁴⁷ “O fato de as três construções serem equivalentes nos resultados [argumento utilizado por Perlingieri] não significa que a questão acerca de sua correção seja irrelevante. A pergunta sobre como ‘tem que ser pensado em cada caso’ o efeito dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no direito civil é algo que deve ser respondido não apenas porque a ciência do Direito não se satisfaz com a simples obtenção de resultados corretos o aceitáveis, sem considerações acerca de sua construção, mas também porque sim uma construção correta não é possível um quadro preciso do efeito dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico. Até agora a polêmica sobre os efeitos perante terceiros foi em geral travada como se uma das três construções tivesse que ser a correta. Essa hipótese é falsa. E é possível afirmar que cada uma das três construções destacar alguns aspectos das complexas relações jurídicas que são características dos casos de efeitos perante terceiros, E que se torna inadequada apenas quando se pretende que o aspecto destacado seja tomado com uma solução completa. Somente o modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer uma solução completa e, nesse sentido, adequada”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 533.

¹⁰⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 533.

¹⁰⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 533.

Civil, assim considerado o conjunto de leis vigentes, a jurisprudência e a dogmática. Afastar-se dessa vinculação implica a necessidade de se assumir os custos argumentativo os inerentes”¹⁰⁵⁰.

Por fim, sem embargo de todo o desenvolvimento proposto por Virgílio Afonso da Silva¹⁰⁵¹ para combinar a autonomia privada e direitos fundamentais, importa neste momento apresentar brevemente as ideias desse autor. Para ele, existem “diversas situações para as quais somente uma aplicação direta dos direitos fundamentais pode fornecer uma solução adequada”¹⁰⁵². E quais seriam essas situações? Seriam aquelas “para as quais não há mediação legislativa ou que a atividade legislativa se tenha mostrado insuficiente”¹⁰⁵³. Seria na aplicação direta que os problemas se tornariam mais agudos, “pois é nesses casos que os direitos fundamentais mais diretamente se chocam com autonomia privada”¹⁰⁵⁴. Desse modo, a principal questão a ser resolvida seria “a forma de combinar essa autonomia com direitos fundamentais que aplicados diretamente à relação entre particulares tendem a eliminá-la”¹⁰⁵⁵.

Não se pretende aqui esmiuçar a referida obra, contudo alguns pontos merecem apenas ser mencionados: (i) a ideia de autonomia como princípio formal¹⁰⁵⁶. Princípios formais que não servem como normas de conduta, mas normas de validade. O principal exemplo seria o “princípio da competência decisório do legislador”¹⁰⁵⁷. Segundo este princípio, “as decisões do legislador não são válidas e devem ser seguidas por que são materialmente boas, mas porque se baseiam no princípio (formal) de sua competência democrática e da separação de poderes”¹⁰⁵⁸; (ii) “o que prevalece em cada caso concreto: a decisão baseada na autonomia da

¹⁰⁵⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 316.

¹⁰⁵¹ Virgílio Afonso da Silva SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁰⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 148.

¹⁰⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 148.

¹⁰⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 148.

¹⁰⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 148.

¹⁰⁵⁶ “[...] sua função principal, no âmbito que aqui importa, é sustentar competências. Nesse sentido, ela é um princípio desprovida de conteúdo – por isso sua qualificação como formal. Não há como, portanto, sopesá-la com princípios materiais – os direitos fundamentais – porque falta um valor de comparação”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 160.

¹⁰⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 148.

¹⁰⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 149.

vontade ou a proteção a direitos fundamentais eventualmente restringidos”¹⁰⁵⁹; (iii) inadequação do sopesamento entre princípios para resolução desse conflito¹⁰⁶⁰; (iv) estabelecimento de critérios, que não é de sopesamento, para valorar a importância da autonomia privada no caso concreto; (v) estes critérios seriam: (a) assimetria entre as partes; (b) relação entre autonomia real e autonomia aparente; (c) relação entre precedência *prima facie* de Steinmetz e intensidade da restrição a direitos; (d) interação entre autonomia privada e regra da proporcionalidade. Com a exclusão do sopesamento, Virgílio sugere a realização dos testes de adequação (adequação/necessidade); (e) conteúdo essencial da autonomia privada e dos direitos fundamentais¹⁰⁶¹.

O modelo da *State Action* (ação estatal) foi desenvolvido pela Suprema corte norte-americana e ele mente foi aplicada no caso *Obergefell v. Hodges*, 14-556, U.S. 23 (2015) que tratou do reconhecimento do casamento de pessoas do mesmo sexo. De acordo com esse modelo “os direitos fundamentais tão-somente vinculam os poderes públicos e só podem ser acionados judicialmente ante uma ação estatal”¹⁰⁶². Na prática, verifica-se se o particular violou uma lei que protege os direitos individuais de outro particular. A forma de operacionalização da atividade judicial da *State action doctrine* segue abaixo explicitada:

Um particular demanda judicialmente contra outro particular para fazer valer o direito individual constitucional ou uma pretensão nele fundada. Recebi da demanda, o juiz ou tribunal (i) verifica se a demanda é contra o Estado ou um particular. Se o demandado não é o Estado, então o juiz ou tribunal (ii) verifica

¹⁰⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 153.

¹⁰⁶⁰ “[...] o raciocínio expressado pela lei de colisão é fundamental em um só pensamento e seu caráter bilateral fica claro por meio do enunciado da lei: em termos menos técnicos, o que se perde de um lado deve ser compensado pelo que se ganha do outro. Ocorre que esse raciocínio não se aplica na relação entre particulares, ou seja, na relação autonomia privada/direitos fundamentais atingidos. Nesses casos, a análise não segue o mesmo padrão”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 154. Não se pode chamar de sopesamento “situações em que autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 155. Para se “valorar a importância da autonomia privada, não há uma direta conexão entre grau de realização ou de restrição a direitos fundamentais e grau de realização ou restrição à autonomia privada”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 155.

¹⁰⁶¹ “Canotilho, ao mencionar “o núcleo irredutível da autonomia pessoal”, sustenta que, nos casos em que esse núcleo estiver em jogo ‘os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força com formadora de relações privadas dado que é isso significaria um confisco substancial da autonomia pessoal à qual não se pode contrapor um direito subjetivo público ou privado, cujo núcleo essencial seja sacrificado por uma utilização anormal dessa autonomia”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 165.

¹⁰⁶² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 178.

se a ação ou ações do demandado particular podem ser imputadas, por alguma razão, ao estado, isto é, se elas podem ser subsumidas ao conceito *state action*¹⁰⁶³.

Este modelo, seria para Steinmetz¹⁰⁶⁴, fundamentado em uma Constituição liberal inconciliável com os modelos constitucionais baseados no constitucionalismo social e democrático.

4.4.5 A Realização da Dignidade Humana no Direito Civil Brasileiro mediante a Tese da Eficácia Indireta Fraca

Rodrigues Junior¹⁰⁶⁵ publicou recentemente obra de extrema relevância que tem como um de seus propósitos apresentar a eficácia indireta como o caminho mais adequado para a operacionalização e a preservação do estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo. Contudo, seria a eficácia indireta a hipótese mais adequada para a realização da dignidade humana no Direito Civil brasileiro? Esse tópico visa responder a essa hipótese com base na análise do Capítulo décimo primeiro da referida obra.

A preocupação inicial de Rodrigues Junior reside nos inúmeros problemas que o efeito do recurso direto a princípios constitucionais e a direitos fundamentais pode ocasionar nas relações privadas. Qual será o futuro do Direito Civil no caso de se intensificar uma tendência de intervenção do Direito Público (especialmente do Direito Constitucional) nos espaços privados? Como será futuro de um Direito Civil necessariamente submetido à jurisdição constitucional? Estaria a dignidade humana realizada no Direito Civil no caso de uma dominação deste ramo do direito pelo Direito Constitucional?

Intervenções epistemológicas e metodológicas indevidas e acentuadas no Direito Civil não realizariam a dignidade humana, uma vez que “revelam os riscos de uma nova forma de autoritarismo estatal” que não se baseiam no poder de polícia ou na atividade regulatória típica.

Quanto a estes últimos, prevalece a advertência de Konrad Hesse, ao invocar as lições de Alexis de Tocqueville, que descreveu as consequências de um Estado autoritário ‘já há cento e cinquenta anos’: É um ‘poder imenso e tutelar que se encarrega por si só de assegurar seus gozos e de velar por seu destino’.

¹⁰⁶³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 179.

¹⁰⁶⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 181.

¹⁰⁶⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 329-354.

Esse poder é absoluto, minucioso, regular, presciente e benigno'. Teria o perfil de um pátrio-poder, "se, como ele, tivesse por objeto preparar os homens para a idade viril; mas, ao contrário, não intenta mais do que fixá-los irremediavelmente na infância'. Ele pretende que 'os cidadãos gozem, desde que só pensem em gozar'. Esse Estado-providencial 'trabalha com interesse' para a felicidade dos cidadãos, 'mas quer ser seu único agente e seu o árbitro exclusivo'. Zela por sua segurança, proporciona e garante suas necessidades, facilita seus prazeres, conduz seus principais assuntos, dirige sua indústria, regula suas sucessões, divide suas heranças'. Por que não lhes poderia liberar 'por completo do transtorno de pensar e do esforço de sobreviver?'. A cada dia, ele 'faz menos útil e mais raro o emprego do livre arbitrio', ao tempo em que 'encerrar ação da vontade em um espaço menor', privando o cidadão, aos poucos, 'até da autodeterminação [...]'¹⁰⁶⁶.

Para que se garanta a realização da dignidade humana no direito Civil brasileiro, adotam-se os dois pressupostos definidos na obra de Rodrigues Júnior. O primeiro é acerca da impossibilidade de retorno às funções clássicas dos poderes do Estado, o que significa a impossibilidade de regresso à teoria clássica dos direitos fundamentais "ainda que seja ela extremamente sedutora e coerente"¹⁰⁶⁷. As estruturas tradicionais de organização do poder estatal estão sendo corroídas à medida em que se transfere para o Direito evidentes disputas de poder. Na origem, a política, de acordo com Maquiavel, "é a forma mais limpa e menos sanguinária de se conquistar o poder"¹⁰⁶⁸. A politização do Direito não tem a ver com politização da justiça ou a judicialização da política. A ideia é que "o aparato Judiciário é cada vez mais convidado a atuar como órgão senatorial de equilíbrio de interesses na luta cotidiana de grupos, corporações e agentes, os quais antes se apresentavam apenas nos parlamentos nacionais"¹⁰⁶⁹. Essas disputas de poder acabam exigindo uma rápida, e, por que não, imediata e pouco refletida, resposta que não guarda compatibilidade com o "demorado" processo legislativo.

O segundo pressuposto reside na irradiação do Direito Privado pelos direitos fundamentais. Esse é um dado irrecusável que confere as bases para a concretização da realização da dignidade humana no Direito Civil. A doutrina da eficácia indireta jamais negaria a supremacia da Constituição. A ideia é estipular com maior clareza os limites da constitucionalização do Direito Privado impondo restrições à sobreconstitucionalização.

¹⁰⁶⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 331.

¹⁰⁶⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 332.

¹⁰⁶⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 332.

¹⁰⁶⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 332.

Outrossim, não se nega em hipótese alguma que particulares litiguem contra particulares com base em direitos fundamentais.

4.4.5.1 A Realização e a Interpretação do Art. 5º, § 1º, da CF/88

Considerando que a realização da dignidade humana no Direito Civil não poderia, pelo menos em tese, ir de encontro a uma norma positiva da Constituição Federal, como fica então a questão referente à interpretação do art. 5º, § 1º e a eficácia dos direitos fundamentais?

Já restou demonstrado que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal não aponta para uma eficácia direta ou indireta. Até porque este dispositivo legal não possui associação histórica com a *Drittwirkung*, mas com a doutrina de José Horácio Meireles (ideia de eficácia plena e limitada, esta por sua vez subdividida em programática e de legislação) e José Afonso da Silva (ideia de eficácia plena, contida e diferida). O debate sobre a regulamentação ou não das normas constitucionais foi intenso antes de outubro de 1988. A preocupação com a solução dos dispositivos constitucionais se encontra em dois aspectos visíveis na CF/88: (i) a expressão “nos termos da lei” constante mais de 50 vezes; (ii) a existência do mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Não é por acaso que alguns autores alegaram contradição uma vez que a “aplicação imediata” dispensaria o writ da injunção e a ADO¹⁰⁷⁰.

É incontestável, de acordo com a doutrina de José Afonso da Silva, que a Constituição fez depender de “legislação ulterior a aplicabilidade de determinadas normas definidoras de direitos sociais, enquadradas dentre os direitos fundamentais”¹⁰⁷¹. Logo, não restam dúvidas de que o art. 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal foi pensado e redigido para mencionada ordem de problemas que perdeu sua relevância em virtude do julgamento do MI 670/ES e do MI 708/PB que feriram força mandatória plena ao mandado de injunção¹⁰⁷².

¹⁰⁷⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 334.

¹⁰⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 37. ed. Ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 182.

¹⁰⁷² Trata-se de mandado de injunção coletivo impetrado com o objetivo de viabilizar o exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, eis que, segundo alega a entidade sindical, ainda persiste o **estado de inércia legiferante** de que ora se reclama. [...] o Plenário desta Corte, em sessão realizada em 25/10/2007, ao julgar o MI 670/ES, Rel. p/o acórdão Min. GILMAR MENDES, o MI 708/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, e o MI 712/PA, Rel. Min. EROS GRAU, reconheceu a possibilidade de exercício imediato, pelos servidores públicos civis, do direito de greve, desde que atendidos, para esse fim, por efeito de aplicação analógica da Lei nº 7.783/89, determinados requisitos nela previstos. [...] Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, o constituinte pretendeu conferir aos dois institutos significado processual semelhante, assegurando idênticas consequências jurídicas às decisões proferidas nesses processos. A garantia do exercício de direitos prevista no art. 5º, LXXVI, da Constituição, pertinente ao mandado de injunção, não se diferencia, fundamentalmente, da garantia destinada a tornar efetiva uma norma

Inconfundível as redações do art. 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal brasileira com as constituições sul-africana (art. 8.2) e portuguesa (art. 18º, item 1) cuja redação é a seguinte: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Mesmo diante desse texto, a doutrina portuguesa discute acerca do “como” é realizada essa vinculação, embora se identifique uma tênue primazia do modelo da eficácia indireta”¹⁰⁷³.

Assiste razão a este pensamento, até porque já restou devidamente esclarecido que pouquíssimos são os doutrinadores brasileiros que confundem o texto do referido dispositivo constitucional com eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais sobre as relações particulares. Com isso, conclui-se que o texto positivo constitucional é omissivo sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais bem como sobre a eficácia (direta ou indireta) destes mesmos direitos sobre as relações jurídicas entre os particulares, restando não prejudicada a realização da dignidade humana no Direito Civil através da adoção da teoria da eficácia indireta.

4.4.5.2 A Realização e a Abstração dos Direitos Fundamentais

constitucional referida no art. 103, § 2º, da Constituição, concernente ao controle abstrato da omissão. As decisões proferidas nesses processos declaram a mora do órgão legiferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Dessarte, **a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão** residiria no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico concreto, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico. [...] Para decidir a questão, deve-se compreender **a atribuição constitucional do mandado de injunção**, bem como a evolução jurisprudencial operada no âmbito desta Suprema Corte acerca do instituto. No julgamento dos MI nºs 670/ES e 708/DF, ambos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e nº 712/PA, Relator o Ministro Eros Grau, o STF adotou solução normativo-concretizadora para o caso de direito de greve dos servidores públicos. O STF passou a atuar, em sede injuncional, na fixação temporária das balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente (MI nº 721/DF, Relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 30/11/07) sem incorrer em violação ao **princípio da separação dos poderes** (art. 2º da CF/88), bem como do devido processo legal (art. 5º, LIV, c/c art. 102, I, da CF/88), por força do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição da República. Nessa perspectiva, nos mandados de injunção referidos acima, foi **reconhecida a mora legislativa na regulamentação do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis** previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal e firmou-se entendimento no sentido de se aplicar as Leis nºs 7.701/1988 e 7.783/1989, no que couber e enquanto não fosse editada norma específica. Ficou definido ainda que, não obstante o **caráter subjetivo do mandado de injunção**, a orientação adotada naqueles autos comporta uma **dimensão objetiva, com eficácia erga omnes**, servindo para os casos nos quais o servidor público civil busque a concretização do exercício do direito de greve, sendo competência dos Tribunais decidir as controvérsias surgidas sobre o tema. [...] Brasília, 28 de maio de 2014. Ministro CELSO DE MELLO Relator (STF - MI: 2019 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 28/05/2014, Data de Publicação: DJe-105 DIVULG 30/05/2014 PUBLIC 02/06/2014).

¹⁰⁷³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 335.

Qual a relação entre a realização da dignidade humana no Direito Civil por intermédio da eficácia indireta e natureza tendencialmente abstrata dos direitos fundamentais? Como se realizaria a dignidade humana no Direito Civil através da aplicação de conceitos de direitos fundamentais como intimidade, função social, garantia da propriedade, igualdade e liberdade? Será que o conceito de liberdade e igualdade no Direito Civil possui o mesmo valor semântico que no Direito Constitucional? Rodrigues Junior entende que não e este também é o posicionamento deste trabalho.

Não se pode simplesmente desconsiderar a intermediação legislativa e principiológica do Direito Civil ignorando os espaços de discricionariedade e de conformação do legislador ordinário¹⁰⁷⁴. O instrumento constitucional para a “participação popular” na realização da dignidade humana, ou seja, dos direitos fundamentais, no Direito Civil reside exatamente no seu caráter abstrato. Pertinente a citação de Carlos Mota Pinto¹⁰⁷⁵, ao afirmar a importância de se “proceder a atenuações à plena afirmação de um ou outro princípio constitucional, isoladamente considerado, por força de princípios fundamentais de direito privado”, haja vista que “sem esta atenuação a vida jurídica privada, para além das incertezas derivadas do caráter muito genérico dos preceitos constitucionais, conheceria uma extrema rigidez, inautenticidade e irrealismo, de todo ponto indesejáveis”.

Outra indagação pertinente se refere à existência ou não de diferença na base (legal ou constitucional) de uma ação ou omissão por parte de um particular. A resposta a essa pergunta diz respeito à diferença entre a natureza das normas de Direito Civil e de direitos fundamentais. A realização da dignidade humana no Direito Civil compreende a diferença ontológica existente na natureza de cada ramo do Direito. As normas de Direito Civil são caracterizadas pela natureza dispositiva¹⁰⁷⁶ (não possui competência sobre a autonomia dos particulares diante do

¹⁰⁷⁴ Conforme pontua Marcelo Duque, “ao se derivar diretamente uma vinculação privada dos direitos fundamentais, a obra do legislador seria colocada de lado, em função da necessidade constante de ponderação judicial entre dois titulares distintos de direitos fundamentais, que nessa situação ao mesmo tempo estariam obrigados por esses direitos”. Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 337.

¹⁰⁷⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 337.

¹⁰⁷⁶ “Normas imperativas e normas dispositivas. De particular importância para o direito privado revela-se a classificação entre normas imperativas (ditas também cogentes ou de ordem pública) e dispositivas. Tradicionalmente, cuidava o direito civil de normas eminentemente dispositivas, assim compreendidas aquelas cujo conteúdo pode ser livremente alterado ou afastado por convenção das partes, e que apenas incidem no silêncio destas. Já as normas imperativas, vale dizer, aquelas que não podem ser afastadas pela vontade particular, eram tradicionalmente consideradas excepcionais no âmbito do direito privado. A evolução do direito civil, no entanto, propiciou a introdução de princípios de ordem pública nas relações particulares, processo acelerado com a progressiva funcionalização do direito civil ao longo do século XX. A distinção entre normas cogentes e normas dispositivas nem sempre se afigura clara, a suscitar frequentes embates hermenêuticos. Como se pode afirmar de

amplo poder derogatório) ou preceptiva¹⁰⁷⁷ (a exemplo da retenção de benfeitoria ou exercício do poder parental). Essa clivagem não existe nas normas de direito fundamental diante do elevado nível de intervenção na esfera privada. Além do mais “a eficácia direta parte do princípio de que tudo pode ser objeto de incidência dos direitos fundamentais”, ao passo que a eficácia indireta parte do princípio inverso, ou seja, de que “é necessário justificar a incidência em uma determinada relação entre privados, o que impõe elevados custos argumentativo e de fundamentação”¹⁰⁷⁸.

A realização da dignidade humana no Direito Civil compreende que não existe concorrência entre Direito Constitucional e Direito Civil, pois a função de cada um deles está delimitada pela própria Constituição. A função constitucional do Direito Civil, no seu espaço de legitimidade democrática, é realizar a dignidade humana nas relações entre os particulares mediante (i) a redução do grau de abstração dos direitos fundamentais; (ii) a delimitação das esferas de discricionariedade dos agentes públicos; (iii) a imposição de “valoração prévia, democrática e representativas das pautas axiológicas escolhidas pelo povo em sua regular e periódica substituição de seus procuradores ao Parlamento”¹⁰⁷⁹. Trata-se de patente inconstitucionalidade simplesmente proceder a substituição do poder decisório do Parlamento pelas “rápidas” e pouco amadurecidas decisões judiciais. Não se está aqui criticando o Poder

forma geral sobre todo o processo de interpretação jurídica, revela-se falho o recurso ao mero critério linguístico, ou seja, à interpretação literal da letra da lei, como parâmetro para definir a dispositividade de certa norma. Não raro, o legislador emprega o verbo “poder” quando pretende, na verdade, criar um dever jurídico; ou, ao revés, descreve determinada obrigação quando objetivava criar simples faculdade. Exige-se, assim, que se recorra ao grau de interesse público contido na norma para que se possa classificá-la como cogente ou, diversamente, para afirmar sua dispositividade, quando nela preponderar o interesse particular”. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. Fundamentos do direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 16-17.

¹⁰⁷⁷ “A noção de negócio jurídico. Teoria preceptiva. Teorias da autorresponsabilidade e da confiança. Nesta linha de preocupação, desenvolveram-se, no âmbito das construções objetivas, posições menos radicais e mais sofisticadas, admitindo a importância da vontade, embora considerada como anterior ao negócio, em relação ao qual é a declaração, como manifestação exterior, e não o ato volitivo em si considerado, elemento essencial. A vontade, por sua vez, não decorre do simples querer individual, senão da autonomia privada como poder autorizado e temperado, por balizas valorativas, pelo ordenamento jurídico. O principal artífice de tais posições foi o jurista italiano Emilio Betti, formulador da teoria preceptiva. Segundo tal orientação, o reconhecimento social da vontade tem por referência não elementos subjetivos internos ao agente, senão a declaração, na forma como exteriorizada, que se constitui, assim, em preceito vinculativo. A vinculação do sujeito emissor da vontade à declaração é corroborada por ulteriores elaborações doutrinárias, em especial as teorias da autorresponsabilidade e da confiança. Pela primeira, embora o elemento subjetivo seja o vetor do ato de vontade, a vinculação à declaração decorre da responsabilidade pessoal do seu emissor pela respectiva exteriorização. Já pela teoria da confiança, o preceito oriundo do negócio, em virtude da declaração, vincula o seu emissor em virtude da expectativa despertada no corpo social quanto à correspondência entre a manifestação de vontade e a intenção do agente. Cabe ao direito, portanto, prestigiar quem confiou na higidez da declaração volitiva”. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. Fundamentos do direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 236.

¹⁰⁷⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 338.

¹⁰⁷⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 338.

Judiciário brasileiro, pelo contrário, em especial o STF, o STJ e o TST têm demonstrado sensível e legítima preocupação com o Direito Privado. O objetivo, na verdade, é trazer uma reflexão acerca da importância em se discutir temáticas controvertidas no Parlamento e, após sua decisão, submetê-la ao Poder Judiciário através do controle de condicionalidade das leis.

Parece que estas considerações respondem parcialmente à indagação de Steinmetz¹⁰⁸⁰ sobre “qual é o ganho real ao afastar a aplicação imediata de normas de direitos fundamentais em favor da aplicação de cláusulas gerais preenchidas pelo conteúdo valorativo-objetivo dos direitos fundamentais” se ambos estão destituídos de clareza, previsibilidade, especificidade, detalhes e certeza jurídica, ou seja, se ambos possuem natureza tendencialmente abstrata. O restante da resposta será apresentado a seguir.

4.4.5.3 A Realização mediante a Operacionalização (Filtros) da Irradiação

A realização da dignidade humana no Direito Civil reclama a necessidade de operacionalizar a irradiação dos direitos fundamentais no Direito Civil. Conforme visto neste trabalho, de acordo com a doutrina de Böckenförde, a irradiação dos direitos fundamentais não aponta a intensidade, extensão, o conteúdo, a forma e o alcance dessa irradiação. Daí a importância de delimitar a irradiação mediante o estudo da eficácia direta, eficácia indireta, eficácia ab-rogatória (revogatória), eficácia invalidatória, eficácia interpretativa, eficácia integradora, eficácia informadora e eficácia corroboradora.

a) espaço democrático e separação dos poderes. O excesso de direitos fundamentais não realiza a dignidade humana no Direito Civil, daí a necessidade do estabelecimento de filtros para a proteção da aplicação da própria dignidade humana no caso concreto. Mas por que a necessidade destes filtros? De acordo com a doutrina de Rodrigues Junior, por causa da preservação do espaço democrático e do respeito à separação dos poderes. Muito embora este seja um argumento utilizado pela teoria clássica dos direitos fundamentais, deve-se nele insistir até que o Supremo Tribunal Federal brasileiro ofereça uma orientação definitiva sobre o ponto de vista jurídico e político.

¹⁰⁸⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 162.

b) Segurança jurídica (certeza e previsibilidade). O segundo argumento estaria na previsibilidade do direito, que não interessa apenas ao Direito Civil, mas também ao Direito Comercial marcado profundamente “pela urgência e pelo senso de oportunidade negocial”¹⁰⁸¹.

Antes de mais nada é preciso esclarecer que não é premissa básica desse trabalho: (i) a ideia de completude do Direito Civil; (ii) crença na existência de uma única solução correta para os casos concretos analisados. O que se pretende é realizar a dignidade humana no Direito Civil mediante: (i) o percurso de caminhos metodológicos bem definidos pela dogmática Civil em harmonia com o Direito Constitucional; (ii) critérios mínimos de objetividade e de efeito prático, isto é, em conexão com a realidade brasileira.

Pois bem, qual o empresário, seja ele um vendedor de bananas ou dono de uma multinacional, desejará investir seu tempo e seus recursos, arriscar as economias de uma vida inteira e celebrar negócios jurídicos em um país marcado pela fluidez, indeterminação e excessiva abstração constitucional das “regras do jogo”, isto é, no contexto de um ordenamento jurídico marcado pela insegurança jurídica?

Salvo os casos que envolvam graves violações ao núcleo da dignidade humana e aos limites impostos pelo próprio Direito Civil, em geral, os negócios da vida privada não podem ser objeto de imprevisíveis intervenções estatais.

Em claras e diretas palavras, a realização da dignidade humana no Direito Civil exige que o Estado deixe muito claras duas coisas aos particulares: (i) quais as regras do jogo. A previsibilidade da regra é indispensável para que os particulares avaliem os riscos para a celebração do negócio jurídico; (ii) a garantia de estabilidade, ou seja, que estas regras não mudarão no meio do jogo. Isso trás segurança jurídica e, por conseguinte, atrai os particulares nacionais e estrangeiros para investir no país gerando, assim, emprego e renda. Estes dois pilares garantem o livre exercício constitucional da autonomia privada com base na previsibilidade e na segurança jurídica.

Trazendo novamente ao debate as duas escolas de Direito Civil, tem-se que ambas compreendem a realização da dignidade humana de maneira distinta. A **primeira escola** defende a realização com base em ideias mais abstratas, a exemplo: da ideia de eficácia direta quase que absoluta dos direitos fundamentais nas relações privadas; da superação da dicotomia (direito público e direito privado); da despatrimonialização do Direito Civil; do “novo” paradigma da dignidade humana; da “democratização” das relações familiares; da crítica à

¹⁰⁸¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 339.

moldura do sujeito e à realidade virtual; da socialização do Direito, da concretização de valores e fins constitucionais tais como erradicação da pobreza e da miséria. Já a **segunda escola** procura realizar a dignidade humana do Direito Civil atribuindo-lhe, de saída, a autonomia epistemológica para que não se transforme este secular ramo do Direito, considerado filosoficamente por Villey¹⁰⁸² como o “único direito perfeito”, em um espaço indefeso (ausente de filtros objetivos, claros e detalhados) às abstrações e incertezas de categorias genéricas com pouco, ou quase, nenhum efeito prático.

A previsibilidade do Direito, seja ele Privado ou Público, não é uma paranoia fruto de uma mente formalista, positivista e arcaica do oitocentos. É uma necessidade humana! Como seria o cenário nacional no qual o servidor público (professor universitário, magistrado, etc.) ou particular (advogado, empresário, etc.) tivesse mensalmente a incerteza (jurídica?) de que o seu salário mensal estaria em risco em virtude da fluidez econômica ou interpretativa por parte dos agentes administrativos ou judicial?

Por que no Brasil é comum o servidor público levantar a bandeira da “estabilidade” (vide Lei 8.112 e LOMAN) e não ser considerado um positivista? Por que quando o setor privado levanta a mesma bandeira da estabilidade e das regras do jogo são tidos por formalistas, positivistas, individualistas, opressores, capitalistas, dominadores, oportunistas, etc.? Como se sentiram os servidores públicos do Brasil com os debates acerca da mudança das regras do jogo da nova Previdência (Emenda Constitucional 103)? Parece que o exercício da alteridade (colocar-se no lugar do outro) não é algo muito comum ao Direito Público, daí a necessidade constante, quase uma obsessão, em intervir nas relações privadas atribuindo-lhe um caráter fluído cujo controle estaria nas mãos da subjetividade estatal.

Seu Manoel, um agricultor analfabeto que mora no campo e que vende bananas para sustentar sua família, não está interessado na disputa de poder que envolve o Direito na atualidade. O que ele deseja é que as regras do jogo estejam bem claras e que não haja mudanças no meio do jogo para ele vender a banana para outro particular.

Não se está aqui defendendo a opressão de seu Manoel pelo sistema capitalista neoliberal e a sua manutenção na condição de vendedor de bananas por toda a eternidade retirando de seu Manoel a oportunidade de lutar pelos seus direitos. Também não se está aqui defendendo as grandes corporações no sentido de incentivar os odiosos contratos de massa e de adesão que não conferem qualquer liberdade contratual ao consumidor, salvo aceitar ou não um

¹⁰⁸² VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Martins Fontes, 2003. p. 84.

produto, muitas das vezes essencial. O CDC é uma conquista fantástica! Conforme já dito, tanto o Estado quanto o setor Privado precisam de limites bem definidos.

O foco aqui é outro: a segurança jurídica que se manifesta na certeza e na previsibilidade da regra do jogo nas relações entre particulares. A não ser que o Direito Civil tenha recebido a vocação constitucional para, na prática, isto é, no dia a dia, construir escolas, hospitais, estradas, viadutos, velar pela segurança pública, gerar emprego e renda, etc. Esta não é definitivamente a vocação do Direito Civil.

Também não é a vocação do Direito Civil estar alheio às imensas necessidades sociais de um país pobre como o é o Brasil desconsiderando o sujeito real da relação jurídica privada. De forma alguma. O ser humano, o sujeito concreto, aquele que tem necessidades básicas a serem supridas, aquele que possui dignidade, a “imagem e semelhança de Deus”, sempre será o ápice da preocupação não só do Direito Civil, mas de toda a Ciência!

A grande pergunta que se faz e que não é fácil de responder é: qual a real vocação prática do Direito Civil no ordenamento jurídico brasileiro? Esta pergunta também responde a questão da realização da dignidade humana.

Consoante doutrina abalizada, o objeto do Direito Civil “é a tutela da personalidade humana¹⁰⁸³, disciplinando a personalidade jurídica, a família, o patrimônio e sua transmissão”. Sob o ponto de vista objetivo, o Direito Civil disciplina as regras sobre a pessoa, a família e o patrimônio, enquanto que, sob o viés subjetivo, o conteúdo recai sobre as relações jurídicas entre os particulares ou “entre estes e o Estado, quando situados em posição de igualdade e coordenação”, conforme esclarece Amaral Neto¹⁰⁸⁴.

A tutela da personalidade não exige a previsibilidade e estabilidade das regras do jogo, ou seja, do Direito Civil? A tutela da personalidade deve visar o aspecto imaterial, mas também o material. O ser humano não vive apenas de bons sentimentos! O serviço público, as políticas públicas e o salário dos servidores públicos no Brasil são pagos com os impostos retirados do setor privado! Não há que se falar em tutela da personalidade em um sentido amplo e complexo sem levar em conta a segurança jurídica das relações privadas.

¹⁰⁸³ Sobre a tutela da personalidade. Segue texto que bem representa o pensamento da primeira escola de Direito Civil: “Cláusula geral de tutela da personalidade. Os direitos da personalidade devem ser entendidos como especificação analítica da cláusula geral de tutela da personalidade prevista no Texto Constitucional contida nos arts. 1º, III (dignidade humana como valor fundamental da República), 3º, III (igualdade substancial) e 5º, § 2º (mecanismo de expansão do rol dos direitos fundamentais). Com base nessa cláusula geral, deverá o intérprete romper com a ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana para além do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. Fundamentos do direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 150.

¹⁰⁸⁴ Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 97.

A realização da dignidade humana no Direito Civil ocorre através da tutela da personalidade em um sentido amplo e complexo que leva em conta não apenas os aspectos imateriais (como o conceito de despatrimonialização) mas também os aspectos materiais (patrimonial), notadamente a segurança jurídica (certeza e previsibilidade) das relações negociais entre particulares.

É preciso um equilíbrio neste sentido. Humanizar o Direito Civil não significa apenas despatrimonializá-lo. Significa equilibrar os conceitos, porque o desejo humano pelo patrimônio (aquisição, manutenção e transmissão) também é uma realidade concreta que não pode ser simplesmente desconsiderada. Essa visão equilibrada auxilia a celebração de novos negócios jurídicos entre particulares, aquece o mercado gerando emprego e renda e tende a aumentar o PIB de uma nação. Isso também deve ser visto como um dos aspectos, e não o único, da humanização do Direito Civil.

Não há como realizar a dignidade humana no Direito Civil exigindo dele o que ele não pode e não deve fazer: políticas públicas. Essa é uma linha tênue e delicada. Com a devida vênia e com todo o respeito, salvo exceções dos grandes nomes da primeira escola, o discurso social do Direito Civil, muito embora eloquente e bonito de se ler e de se ouvir, mais se aproxima de um instrumento jurídico destinado ao cumprimento dos direitos fundamentais em sua forma de prestações. E essa não é a vocação do Direito Civil.

A realização da dignidade humana do Direito Civil brasileiro exige aterrizar a nave espacial (a ideia de um Direito Civil que acabe ou minore a miséria do País) na Terra, retirando-o das distantes galáxias dos princípios constitucionais *ad hoc* e dos belíssimos conceitos abstratos e eivados de qualquer efetividade prática.

Repita-se mais uma vez: este trabalho não defende a extinção da função social dos negócios jurídicos, muito menos do Direito Civil. Também não tem como fundamento o neoliberalismo opressor, pelo contrário, a intenção é fortalecer cada vez mais a função social do contrato e da propriedade, garantias constitucionais conquistadas historicamente. Mas isso não acontece através de discursos sem qualquer efeito prático na vida de seu Manoel, o vendedor de bananas, e sim através da exata delimitação do que significa essa “função social”. Ciente da função social e dos limites exigidos pelas demais normas de Direito Civil, ou seja, da regra do jogo, seu Manoel¹⁰⁸⁵ está livre para vender suas bananas.

¹⁰⁸⁵ Esse exemplo é meramente ilustrativo e não tem o condão de reduzir a dogmática do direito civil a esta circunstância.

Afinal, a dignidade humana no Direito Civil importaria na mitigação da função social conforme doutrina brasileira no sentido de garantir a “venda das bananas pelo seu Manoel”? Em hipótese alguma. Conforme já defendido, essa posição é reprovável diante de sua flagrante inconstitucionalidade. A função social possui imprescindível papel no ordenamento jurídico na qualidade de limite e não fundamento.

Objetivamente o que se pretende defender aqui é a tese de que a dignidade humana no Direito Civil se realiza na medida em que esse princípio constitucional (fundamento da República) se operacionalize no ordenamento jurídico em equilíbrio e harmonia com os demais fundamentos estipulados no art. 1 da Constituição Federal, em especial (em virtude da conexão com o objeto deste trabalho) os valores (sociais do trabalho e livre iniciativa). Em resumo, a dignidade humana se realiza não apenas através de uma visão estritamente social (valor social do trabalho), mas econômica também (valor da livre iniciativa) porque esta foi a vontade do constituinte originário. E não só isso. É preciso que a dignidade também se realize através dos princípios constitucionais vistos em sua integralidade, isto é, no aspecto global. Tanto aqueles que possuem um viés social quanto os que possuem um viés liberal. Não dá para realizar a dignidade humana no Direito Civil através de seletividade principiológica manifestada nos desejos pessoais do magistrado ou do intérprete. Há de se observar que aqui não é o espaço devido para se discutir analiticamente o conteúdo dos dois valores em questão: da livre iniciativa, mas, tão somente, trazer à reflexão a importância de submeter o intérprete e o aplicador do Direito à complexidade, ou seja, o todo dos valores que a Constituição abarcou através de seu texto positivo.

A realização da dignidade humana no Direito Civil significa humanizá-lo, ou seja, apresentá-lo como instrumento capaz de servir ao ser humano para a sua dignificação tanto no aspecto imaterial quanto no aspecto material. Contudo, sem espaços para ideologias disfarçadas por bonitos discursos que guardam na sua gênese um desejo opressor do Estado (socialismo) ou do Particular (capitalismo selvagem). Para delimitar essa função social e outros conceitos abstratos dos direitos fundamentais no Direito Civil, faz-se necessário estabelecer critérios ou filtros que garantam a elaboração, a manutenção e a evolução da regra do jogo.

Em resumo, não há como se garantir a realização da dignidade humana no Direito Civil sem uma rigorosa previsão das regras do jogo.

c) espaço decisório da autonomia privada e o âmbito judicial. Rodrigues Junior¹⁰⁸⁶

considera que o problema mais grave da eficácia direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares seja “o desrespeito aos esquemas mentais, às circunstâncias metajurídicas e à racionalidade própria (ou a falta dela) dos agentes que negociam sob o prestígio da autonomia privada”, pois “o juiz não está aparelhado para decidir sobre negócio jurídico com o mesmo nível de informação, esperteza e de interesse (inclusive egoístico) que o detido pelas partes contratantes”.

A própria sistemática processual civil no Brasil (Lei de arbitragem, Res. CNJ 125/2010, Lei de mediação e o CPC/2015) tem seguido firmemente no sentido de retirar ao máximo do âmbito judicial o local adequado para resolução de conflitos através da doutrina do *sistema multiportas* ou *justiça multiporta* que tem como ideias basilares: (i) conferir o local mais adequado possível para resolução dos conflitos; (ii) preservação da independência e autonomia da vontade¹⁰⁸⁷; (iii) atuação cooperativa; (iv) estímulo ao diálogo. O fortalecimento da autonomia das partes em uma relação privada é tão evidente no CPC/2015 que o legislador estipulou no art. 190¹⁰⁸⁸ algo impensável para os processualistas clássicos: a cláusula geral de negociação processual.

Por que o Direito Civil não deve realizar a dignidade humana no mesmo sentido do direito processual Civil, isto é, preservando, reforçando e fortalecendo a autonomia privada, os limites para o seu pleno exercício e a resposta estatal (sanção) ao seu extrapolamento? A unidade do ordenamento jurídico reclama que o processo e o direito material caminhem em um mesmo sentido. Isso não é uma tarefa fácil diante da complexidade principiológica da Constituição. Entretanto, é preciso que se tenha um norte, em especial no que se refere à realização da dignidade humana no Direito Civil através da real compreensão do exercício (social e liberal) da autonomia privada. Por isso, que não se pode pensar a dignidade humana

¹⁰⁸⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 340.

¹⁰⁸⁷ CPC/2015. Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos **princípios** da independência, da imparcialidade, **da autonomia da vontade**, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à **autocomposição**. § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a **livre autonomia** dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das **regras procedimentais**.

¹⁰⁸⁸ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes **estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais**, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

no Direito Civil como uma mera preservação de espaços de liberdade individual. Isso seria uma visão reducionista.

Realizar a dignidade humana significa apenas e tão somente fortalecer a autonomia privada? Historicamente, aliás, o princípio da autonomia da vontade – cujo dogma era o “*pacta sunt servanda*” – não contribuiu, certo modo, para atentar contra a dignidade, ao admitir a pactuação lesiva para uma das partes, tudo em nome da preservação da “vontade livre” dos contratantes? Em relação a primeira pergunta, a resposta é não. Primeiro, porque a dignidade não pode se resumir a apenas a este aspecto. Existem outros: (i) aprimoramento e reforço constante dos limites ao exercício da autonomia privada; (ii) fortalecimento da autorresponsabilidade, isto é, o controle rigoroso, rígido e sancionatório em face da conduta que se configure um ilícito civil; (iii) orientar e promover, sem um caráter impositivo estatal, os particulares a buscarem realizar a dignidade humana acima dos limites impostos pelas normas (regras e princípios) brasileiras nas suas atividades privadas. A ideia aqui é o Estado fomentar e incentivar nas relações entre particulares as bases da dignidade humana (liberdade, igualdade e fraternidade). Um exemplo clássico desse exemplo reside no Decreto Presidencial 9.571/2018 que estabelece diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos¹⁰⁸⁹.

A ideia de empresas e direitos humanos tem sua origem nos trinta e um Princípios Orientadores pensados por John Ruggie em 2008 e aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2011. Estes princípios se baseiam em três pilares: proteger, respeitar e reparar. No Brasil, a matéria é tratada através de doutrina abalizada pela professora Dra. Danielle Anne Pamblona e regulamentada pelo Decreto Presidencial 9.571/2018 que no seu art. 1 diz textualmente que “este Decreto estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, para médias e grandes empresas, incluídas as empresas multinacionais com atividades no País”. Inobstante as críticas em sentido contrário, o Decreto estabelece as “Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos” e cria o selo “Empresa e Direitos Humanos”, como forma de premiação diante das boas práticas. A adesão, contudo, por parte dos particulares, é voluntária.

¹⁰⁸⁹ Sobre o tema, ver as seguintes bibliografias: PAMPLONA, Danielle Anne. Das violações de direitos humanos e do envolvimento das grandes corporações. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (Orgs.). **Empresas e direitos humanos**. 1. ed. Salvador: Ius Podivum, 2018, v. 1, p. 171-184. PAMPLONA, Danielle Anne; MORAES, Patricia Almeida de. Os desafios para implementação dos princípios orientadores da ONU para empresas e direitos humanos. In: GOMES, Eduardo B.; DIAS, Steeve Beloni C. D. (Orgs.). **70 Anos da Declaração Universal de Direitos Humanos: retrospectiva e perspectiva**. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2018, v. 1, p. 1-17. SILVA, Ana Rachel F.; PAMPLONA, Danielle Anne. Os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos: houve avanços? In: VAILATTI, Diogo Basílio; DOMINQUINI, Eliete Doretto (Orgs.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2016, v. 1, p. 147-168.

Em relação à segunda pergunta, a resposta também é sim, contudo não foi apenas a dogmática constitucional que amadureceu os institutos civilístico e conferiu limites à autonomia privada através das cláusulas gerais. Foi o próprio estudo e amadurecimento da autonomia privada mediante dogmática civil que originou cláusulas gerais como boa-fé e suas figuras parcelares, como a *suppressio*, *surrectio*, o *venire contra factum proprium* e o *tu quoque*¹⁰⁹⁰.

Como se vê, é preciso pensar a dignidade para muito além da mera preservação de espaços de liberdade individual que visam exclusivamente ou as questões patrimoniais ou as questões imateriais. A balança não pode pender exageradamente para nenhum dos lados. Na atual ordem constitucional, não se pode mais sustentar o discurso segundo o qual a “preocupação com a pessoa, sua essência e sua dignidade”¹⁰⁹¹ resta relegada à margem do Direito. Outrossim, não se pode relegar, ou seja, excluir para às margens do Direito a importância da preocupação patrimonial.

O fato é que a realização da dignidade humana no Direito Civil visa preservar as esferas decisórias das partes e para isso é necessário que o Direito Civil efetue uma adequada filtragem dos direitos fundamentais. “O Direito Civil é adaptado historicamente a compreender o modo de funcionamento muita vez errático, irracional e entrópico da atividade negocial”¹⁰⁹². Logo, “a apreciação primária da lei é uma medida à segurança, à certeza e à previsibilidade do Direito”¹⁰⁹³ que só pode ser afastado em hipóteses restritas conforme determina a Constituição. A irradiação dos direitos fundamentais através das cláusulas gerais garante a transferência para o direito ordinário da ordem objetiva de valores eleita pelo constituinte originário.

4.4.5.4 A Realização e a Irradiação através das Cláusulas Gerais

Esse trabalho compreende que a realização da dignidade humana no Direito Civil brasileiro ocorre mediante a irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas através das cláusulas gerais. Mas o que são cláusulas gerais? Existe diferença entre cláusula geral do Código Civil (ex: função social) e princípio constitucional (ex: função social)? As

¹⁰⁹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

¹⁰⁹¹ GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo**: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014. p. 94.

¹⁰⁹² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 341.

¹⁰⁹³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 341.

cláusulas gerais e os princípios constitucionais não possuem o mesmo nível de abstração? É possível a ocorrência da irradiação através de outras normas de direito privado?

a) Breves considerações sobre as cláusulas gerais. Inicialmente é preciso dizer que esse termo possui diferentes sentidos: (i) como técnica legislativa de regulamentação da *fattispecie*; (ii) como norma jurídica que contém cláusula geral; (iii) como norma produzida com base em uma cláusula geral¹⁰⁹⁴. O foco aqui será o sentido da técnica legislativa.

Perlingieri¹⁰⁹⁵ ensina que “legislar por cláusulas gerais quer dizer deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma as situações de fato”. Steinmetz¹⁰⁹⁶ complementa aduzindo que “a imprecisão semântica da linguagem (“vagueza”) apresenta-se, sobretudo, no suporte fático (*tatbestand*, *fattispecie*, hipótese legal, hipótese fática)”, tornando possível “o enquadramento jurídico de um amplo domínio de casos”.

A função, portanto, das cláusulas gerais é conferir “abertura e mobilidade ao sistema jurídico”. A mobilidade possui dupla perspectiva: (i) como mobilidade externa ela abre o sistema jurídico para inserção de elementos extrajurídicos, permitindo a adequação valorativa; (ii) Como mobilidade interna, uma abertura para que as normas e valores sociais (ex. ordem pública e abuso de direito) e morais (ex. bons costumes) socialmente reconhecidos “ingressam legitimamente no (sub)sistema jurídico arejando-o”, conforme pontua Judith Martins-Costa¹⁰⁹⁷. De acordo com Perlingieri¹⁰⁹⁸, “ainda que, como nos bons costumes, a cláusula impunha a consideração da moral, isto é um conjunto não jurídico de valoração, isso não prejudica o caráter jurídico das cláusulas gerais”, diante do seu não exaurimento na moral, “mas envolvem uma atividade de reconstrução das modalidades de aplicação jurídica de uma norma moral compatível com os princípios jurídicos envolvidos”.

As cláusulas gerais, pois, configuram-se como uma técnica legislativa que permite “a concretização e especificação das múltiplas possibilidades de atuação de um princípio”, atuando na atualidade “como critério de controle da compatibilidade entre princípios e regras”¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 159-160.

¹⁰⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 237.

¹⁰⁹⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 160.

¹⁰⁹⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 161.

¹⁰⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 240.

¹⁰⁹⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 240.

b) O problema aparente da vagueza das cláusulas gerais e dos direitos fundamentais. De fato, ambas são vagas e incertas na sua essência, contudo duas objeções devem ser analisadas. A primeira diz respeito ao fato de que “a cláusula geral de Direito Privado não subtrai o conhecimento da lide ao juiz ordinário”¹¹⁰⁰, uma vez que mantém o conflito “na esfera cognitiva da justiça infraconstitucional”¹¹⁰¹. No caso concreto, o primeiro passo que o magistrado, ou interprete, deve tomar é o de “ater-se ao Direito Civil E utilizar-se do arsenal teórico peculiar a esta disciplina”¹¹⁰². Razão assiste ao argumento segundo o qual a simples boa-fé objetiva, na qualidade de cláusula geral privatística, possui “uma centenária produção bibliográfica que lhe empresta um grau de completude incomparável até mesmo com institutos e figuras contidos em normas jurídicas de caráter objetivo”¹¹⁰³.

A segunda se baseia no fato de que a cláusula geral é meio de “*civilização* do direito fundamental”. Como diz Rodrigues Junior “esse papel é único e só acomodáveis ao modelo da eficácia indireta”¹¹⁰⁴.

c) A irradiação dos direitos fundamentais pode ocorrer no Direito Civil através de outras normas ou só através das cláusulas gerais? Depende do modelo de eficácia indireta adotado. Para o modelo forte, não. Mas para o modelo fraco, sim, eventualmente. Não existe uma justificativa constitucional “para se limitar as ‘portas’ ou ‘chaves’ do direito fundamental para o Direito Civil apenas as cláusulas gerais”¹¹⁰⁵. O importante neste ponto é esclarecer que não pode o direito fundamental ser irradiado sem qualquer tipo de conformação às peculiaridades do Direito Civil.

d) Cláusula geral e segurança jurídica. Dissertando acerca das cláusulas gerais, Perlingieri¹¹⁰⁶ diz que “é inútil uma previsão repetida delas (que cria apenas a ilusão de resolver os problemas específicos do setor, mas que, na realidade, oferece em concretos parâmetros de valoração incertos)”. Esta observação do professor italiano é extremamente importante e reclama do legislador a fixação de critérios principiológicos minimamente objetivos para se

¹¹⁰⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 342.

¹¹⁰¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 342.

¹¹⁰² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 342.

¹¹⁰³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 342.

¹¹⁰⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 342.

¹¹⁰⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 342.

¹¹⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 238.

compreender o que se quer dizer com as referidas cláusulas gerais. Não se está aqui defendendo uma particularização minuciosa e completa das cláusulas gerais. De forma alguma. Essa obsessão pela completude do Direito não realiza a dignidade humana no Direito Civil conforme analisado no segundo capítulo. Contudo, é possível e necessário se estudar a possibilidade de objetivação mínima das cláusulas gerais dentro de cada categoria específica do Direito Civil (personalidade, contratos, família, sucessão, propriedade, posse, etc.).

4.4.5.5 *A Realização e a Banalização dos Direitos Fundamentais*

Não é possível se realizar a dignidade humana no Direito Civil através da banalização dos direitos fundamentais que, na prática, tem ocorrido através de duas formas. A primeira delas é através do abandono dos métodos hermenêuticos adequados e recurso imediato à ponderação. Sem embargo da necessária evolução e aprimoramento da ciência jurídica por parte dos novos desafios sociais, essa não é a discussão, inconcebível se desconsiderar por completo a interpretação e a metodologia responsáveis pela formulação da dogmática do Direito Civil que levou quase 200 anos para se desenvolver¹¹⁰⁷. Por que simplesmente dispensar o texto normativo primário (com presunção de constitucionalidade?), abandonar as raízes históricas, a visão lógico-sistemática da lei ou do Código, as fontes romanísticas, os estudos dos trabalhos preparatórios e dos anteprojetos de lei? Qual o sentido em trocar tudo isso pelo mantra decisionista da dignidade humana e da ponderação (sem o reconhecimento próprio de seus meios operativos) a qualquer custo? Não se está aqui dizendo que no Brasil, em geral, o texto normativo está sendo abandonado em prol de uma atividade judiciária “intrusiva”, entretanto, não se pode ignorar os abusos e equívocos cometidos pela doutrina e pelos aplicadores do Direito conforme alertas realizados nos textos escritos por autores. como Lênio Streck e Otavio Luiz Rodrigues Junior, por exemplo.

De um modo geral, a eficácia direta acabou gerando a trivialização dos princípios e dos direitos fundamentais, tudo isso em nome de uma constitucionalização do Direito Civil. Para Rodrigues Junior¹¹⁰⁸, o exemplo clássico dessa banalização está na dignidade humana e no uso abusivo da sua linguagem configurando, como diz o filósofo do Direito Michel Villey, “uma ferramenta de mil usos”. Uma categoria jurídica utilizada como recurso imediato para a

¹¹⁰⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 343.

¹¹⁰⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

resolução de toda discussão de Direito Civil. É o antibiótico utilizado desde a dor de unha até o acidente vascular cerebral. Afinal, quem pode ir contra um argumento que invoque a dignidade humana?

A colocação de filtros ou barreiras não se trata de um mero capricho por parte da dogmática civil, na verdade eles obrigam o direito privado a criar soluções próprias para os seus problemas internos. Será que resta alguma dúvida de que sol faz muito bem para pele diante da produção de Vitamina D? Só que a sua incidência direta a depender da intensidade e do período pode gerar câncer de pele. Assim acontece com a eficácia direta dos direitos fundamentais. Estes filtros também possuem a função de tirar o civilista da zona de conforto e afastar ele do discurso constitucional fácil recheado de indeterminação conceitual e principiológica.

As soluções decorrentes dos conflitos entre privados não podem ser fornecidas pela bengala metodológica e principiológica de segunda mão do Direito Constitucional como se o Direito Civil e suas categorias históricas se tornassem dispensáveis, expletivas ou irrelevantes. Estas soluções devem ser desenvolvidas dentro da própria linguagem do Direito Civil cujo cabedal teórico, histórico e especialidade supera em muito aquele fornecido pelo Direito Constitucional¹¹⁰⁹.

É preciso deixar claro que não se pretende aqui diminuir o Direito Constitucional perante o Direito Civil. Isso seria um equívoco acadêmico. O que se pretende apenas e argumentar é que o Direito Civil é o instrumento jurídico mais apto e adequado para realizar a dignidade humana na resolução dos conflitos entre os particulares.

O Direito Civil no decorrer dos séculos tem gerado com eficácia e eficiência soluções intrassistêmicas. A título de exemplo, veja-se as obras do francês Vernon Pálmer, autor que realizou um dos mais amplos estudos sobre a origem e o desenvolvimento dos danos morais em França. Para Rodrigues Junior¹¹¹⁰, um dos conceitos mais importantes da responsabilidade civil contou com elementos inovadores do Direito Civil do antigo regime, da jurisprudência em torno do Código Civil e da lei, bem como da independência de novas leis especiais e da intermediação de princípios jurídicos superiores da Constituição. A origem e a evolução dos danos morais não tiveram qualquer influência ou auxílio dos princípios superiores do direito constitucional. O que gera curiosidade, pelo menos no Brasil, é o fato de o dano moral ser uma espécie de dano associado com constitucionalização do Direito Civil, o que não é verdade.

¹¹⁰⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

¹¹¹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 346-347.

A história das soluções intrassistêmicas demonstra que o Direito Civil tem apresentados respostas satisfatórias graças à força criativa da autonomia privada, capaz de “criar e de renovar institutos, categorias em figuras jurídicas”¹¹¹¹. A dignidade humana se realiza no Direito Civil na medida em que o sistema jurídico reconhece nessa disciplina a capacidade de desenvolver soluções intrassistêmicas para os problemas jurídicos de sua alçada.

4.4.5.6 A Realização, a Unidade e a Unificação da Ordem Jurídica

A realização da dignidade humana no Direito Civil significa que não se pode confundir unificação com unidade da ordem jurídica. São dois conceitos distintos. Enquanto o primeiro visa apagar as linhas divisórias entre o Direito Público e Direito Privado, o segundo se baseia na “recondução dos fundamentos epistemológicos, normativos e axiológicos comuns”¹¹¹². O modelo da eficácia indireta garante a realização da dignidade humana no Direito Civil na medida em que lhe confere autonomia do direito privado.

No entender de Rodrigues Junior, a doutrina se equivoca ao atribuir à unidade da ordem jurídica ao pressuposto de que a origem do Direito é o Estado. O Direito Civil precisa ser visto como um sistema jurídico autônomo que possui princípios, metodologia e valores próprios, muito embora tenha pontos de interpenetração e irradiação dos direitos fundamentais. São exatamente essas portas de entrada dos direitos fundamentais que permitem a constitucionalização-transformação do Direito Civil.

A realização da dignidade humana no direito civil significa que a sua constitucionalização não pode importar na perda da sua identidade. Não se pode considerar que a Constituição seja a fonte de toda ordem jurídica. A fonte da qual tudo procede. Essa é uma falha metodológica grave da doutrina da eficácia direta e que não compromete a eficácia indireta. A pluralidade da ordem jurídica justifica por si só o fato de a criação do direito não passar necessariamente pelo Estado. Esta assertiva, por motivos óbvios, não desmerece o papel e o valor da Constituição que atua quase sempre em “última linha como vigilante controladora dos excessos, dos abusos e das ilicitudes praticados pelo Estado e pelos particulares”¹¹¹³.

¹¹¹¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 347.

¹¹¹² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 348.

¹¹¹³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 348.

A realização da dignidade humana no Direito Civil compreende que não existe texto normativo algum que possui a característica da omnicompreensão dos fenômenos, dos fatos e das situações jurídicas, pois sempre haverá espaços de nomogênese “autônoma e independente dos confinamentos do Direito Público e da Constituição”¹¹¹⁴. Entretanto, estes espaços de criação sempre sofrerão intervenção mediante critérios de validade constitucional e de delimitações de limites legais.

A realização da dignidade humana no Direito Civil entende, portanto, que a Constituição é uma norma hierarquicamente suprema e sempre exigirá a conformação do direito ordinário e eventualmente, da autonomia privada, aos seus comandos.

4.4.5.7 A Realização e os Princípios Constitucionais da Presunção de Constitucionalidade e da Interpretação Conforme

Inobstante a impossibilidade de se idealizar a figura do legislador diante dos “grupos de pressão, burocratas, cientistas, advogados, lobistas, grandes grupos econômicos”¹¹¹⁵, não se pode permitir que o debate valorativo do país seja transferido do Legislativo para o Judiciário, eis que a lei, sem embargo de suas limitações, ainda é o melhor instrumento para evitar que a discricionariedade judicial usurpe o espaço cedido constitucionalmente à autonomia privada. Não existe dispositivo constitucional, pelo menos no Brasil, que permita ao juiz ignorar a lei sob o pretexto de aplicar diretamente os direitos fundamentais. Enquanto não houver a declaração de inconstitucionalidade da lei, deve ser respeitado um princípio constitucional muito caro ao Estado de Direito: o da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

A realização da dignidade humana no direito civil por meio da eficácia indireta importa no respeito irrestrito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos que gozam, em regra, de presunção *iuris tantum* de validade. A atuação deste princípio tem fundamento na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e na deferência aos princípios constitucionais. Outra função deste princípio

é a de inclusive limitar a atuação judicial. Vale lembrar, todavia, que, em regra, a presunção de constitucionalidade é relativa, a exceção de procedência de Ação Direta de

¹¹¹⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 348.

¹¹¹⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 349.

Constitucionalidade que a torna absoluta¹¹¹⁶. É jurisprudência consolidada do STF que a inconstitucionalidade nunca se presume. A violação deve ser manifesta (RTJ 66:631, Rp 881/MG, rel. Min. Djaci Falcão), devendo a dúvida militar em favor da validade da lei.

Em caso de mera “suspeita” de inconstitucionalidade, existe o instrumento constitucional disponível: o princípio da interpretação conforme à Constituição, que atua como técnica de interpretação e mecanismo de controle de constitucionalidade. Na primeira função, o princípio determina que o Judiciário interprete a legislação ordinária no sentido de realizar os valores e fins constitucionais. Dentre as várias interpretações disponíveis, é necessário que se efetue a escolha daquela que possua mais conformidade com a Constituição. Na função de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme permite que o intérprete, em especial o tribunal constitucional, mantenha a validade de uma lei cuja interpretação literal (mais óbvia) importa na sua inconstitucionalidade. Nesse caso, o tribunal atua de maneira corretiva declarando uma interpretação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem redução) e manifestando, simultaneamente, a interpretação compatível com a Constituição.

Com o objetivo de superar o primeiro princípio (presunção de constitucionalidade), muitos aplicadores e intérpretes do Direito Civil tem se utilizado do princípio elaborado pela doutrina e jurisprudência alemã da interpretação conforme à Constituição na forma de técnica de interpretação com o objetivo de adequar as normas de Direito Civil aos “valores e fins constitucionais”. Mas quais valores? Deve-se considerar alguns como mais importantes do que outros ou deve se considerar a totalidade principiológica? Como extrair da totalidade principiológica constitucional os fins constitucionais? Como ponderar a intensidade destes valores no julgamento de cada caso concreto? Qual o sentido semântico em destes valores na seara Constitucional e na seara do Direito Civil? São idênticos ou possuem diferenças? Quais? Na seara do Direito Civil, o que representa cada um destes valores no estudo da personalidade, da propriedade, da posse, das obrigações, da família, das sucessões, etc.?

Veja-se que, em regra, a doutrina da eficácia direta esbarra nos dois princípios supramencionados uma vez que ambos exigem a aplicabilidade da lei, salvo quando declarada inconstitucional, e não permitem a incidência direta dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Não existe a previsão dessa hipótese, salvo as exceções apresentadas no próximo tópico.

¹¹¹⁶ STF. Plenário. ADI 5316 MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 21/5/2015.

4.4.5.8 A Realização e o Modelo Fraco de Eficácia Indireta e a Doutrina de Otavio Luiz Rodrigues Junior

Na Alemanha é predominante a teoria da eficácia indireta, contudo não é prudente que se importe teorias de outros países sem os devidos ajustes. No Brasil, definitivamente não é possível a adoção de um modelo forte de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. É que a Constituição Federal de 1988 possui direitos fundamentais que se apresentam diretamente vinculantes aos particulares sem qualquer exigência mínima intervenção legislativa, a exemplo dos direitos de reunião (art. 5º, XVI), de associação (art. 5º, XVII) e o direito fundamental de resposta proporcional à ofensa (art. 5º, V). Com isso, denota-se a existência de uma eficácia direta residual e excepcional diante do conteúdo absolutamente não abstrato das referidas normas.

Canaris¹¹¹⁷ aborda essa questão com base na Constituição alemã. Defensor da eficácia indireta, ele reconhece que o art. 9º, nº. 3, 2ª frase, da LF, possui eficácia direta na medida em que determina expressamente que acordos que limitem ou impeçam a liberdade sindical são nulos. No entanto ele afirma:

Se, porém, generalizarmos este entendimento, ele conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado, e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guinadas ao patamar do direito constitucional e privadas da sua autonomia. Além disso, incorre-se em grandes dificuldades de ordem prática, já que a maioria dos efeitos jurídicos a que, se consequentemente prosseguida, tal concepção forçosamente chegaria – tal como a nulidade de contratos que restringem direitos fundamentais – teria de ser afastada logo por interpretação, pela sua evidente insustentabilidade. Foi, pois, com razão que a teoria da eficácia imediata acabou por se não impor – o que, hoje em dia, dispensa maiores considerações. (2009, p. 53-54) ... só deve falar-se de eficácia imediata em relação a terceiros se os direitos fundamentais se dirigem imediatamente contra sujeitos de direito privado, como no caso do art. 9º, nº. 3, 2ª frase¹¹¹⁸.

Rodrigues Júnior¹¹¹⁹, seguindo a linha de Hesse com apoio em algumas categorias desenvolvidas por Canaris, desenvolve um modelo brasileiro cujos caminhos a serem percorridos pelo aplicador e intérprete seriam os seguintes: (i) a eficácia indireta dos direitos

¹¹¹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 53-54.

¹¹¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 55.

¹¹¹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 353-354.

fundamentais seria uma das formas de se organizar a irradiação dos direitos fundamentais no Direito Privado, conforme já explicitado anteriormente; (ii) a colisão de direitos fundamentais num conflito entre particulares seria realizado pelo emprego de técnicas próprias do Direito Constitucional apenas na *ultima ratio*; (iii) a eficácia direta dos direitos fundamentais apenas ocorreria em duas únicas hipóteses: (a) existências de normas de direitos fundamentais que não exijam a intermediação de legislação ordinária; (b) aplicação da *proibição de insuficiência* desenvolvida por Canaris para sua teoria dos *deveres de proteção*. Isto ocorreria, tão somente, diante da existência conjunta de omissão legislativa e da insuficiência das cláusulas gerais preenchidas pelos direitos fundamentais.

Muito embora Rodrigues Junior não tenha detalhado o ponto (b) – apenas fez uma única e rápida menção à aplicação da “proibição de insuficiência” (*Untermaßverbot*) sem explicar o que isso significa – importante tecer alguns comentários a respeito. A lógica do item (b) é a seguinte. A doutrina dos “deveres de proteção” foi desenvolvida por Canaris¹¹²⁰ no livro intitulado *Direitos fundamentais e Direito Privado* e é considerado uma variante da teoria da eficácia indireta para Rodrigues Junior¹¹²¹. Já para Steinmetz¹¹²², existe uma forte tendência em se adotar a teoria dos direitos fundamentais como direitos à proteção como resposta ao problema da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares.

O que seria a doutrina dos “deveres de proteção”? Seria “a base argumentativa sólida para a eficácia dos direitos fundamentais no direito privado”, permitindo uma “aplicação mais abrangente, e, sobretudo, mais diferenciada dos direitos fundamentais, inclusive no âmbito das relações entre particulares, e de modo particular no que diz respeito a aplicação do princípio da proporcionalidade”, conforme esclarecem Sarlet e Mota Pinto¹¹²³.

Sem embargo dos graves vícios que Canaris¹¹²⁴ aponta do caso Lüth, em especial contra “a obscura doutrina da ‘eficácia da irradiação’ a ser substituída pelos conceitos de proibição de intervenção, proibição de excesso, imperativo de tutela e proibição de insuficiência enquanto funções dos direitos fundamentais”, suas ideias se baseiam muito resumidamente nos seguintes pressupostos: (i) “os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das

¹¹²⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

¹¹²¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

¹¹²² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 151.

¹¹²³ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 12.

¹¹²⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 43-52.

normas de direito privado”¹¹²⁵; (ii) “apenas o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre ele que recai a obrigação de os proteger”¹¹²⁶; (iii) o princípio do primado da sociedade em face do Estado de acordo com o qual “as relações dos cidadãos entre si estão, em princípio, livres de intervenções estatais, que carecem, portanto, em cada caso, de especial legitimação”¹¹²⁷.

Dentro desse contexto, o que seria então a “proibição de insuficiência”? Trata-se de doutrina desenvolvida por Canaris¹¹²⁸. Conforme dito, Rodrigues Junior não teceu explicações sobre o significado específico deste termo nem como se daria a sua aplicação para a sua tese, muito embora não haja qualquer prejuízo neste sentido. Portanto, a breve explicação a seguir apenas é uma tentativa de explicação de uma aparente lacuna deixada na obra do referido autor que auxiliará o leitor que não conhece o sentido desta expressão.

A *proibição de insuficiência* (*Untermaßverbot*) é uma das funções dos direitos fundamentais que não permite que Estado deixe de realizar o imperativo de tutela. É dever constitucional do Estado efetuar a proteção de seus cidadãos através dos direitos fundamentais. A *proibição de insuficiência* verifica o “como” o direito infraconstitucional tem realizado o imperativo de tutela, pois a “Constituição impõe (apenas) a proteção como resultado, mas não a sua conformação específica” consoante decisão do TCF alemão no julgado BVerfGE vol. 88, pp. 203, 2254¹¹²⁹. A questão da *proibição de insuficiência* não gira em torno apenas da omissão, mas da suficiente proteção da legislação ordinária como um todo (Civil, Penal, Tributário, etc.), ou seja, é preciso verificar no caso concreto se a proteção do direito ordinário é eficaz e apropriada.

Outro ponto que Canaris aborda na questão relativa à proibição de insuficiência diz respeito ao fato de ela permitir a possibilidade de controle de constitucionalidade, não apenas dos “atos do poder público (incluindo as decisões judiciais), mas também de atos de

¹¹²⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 36.

¹¹²⁶ “[...] por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indireta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico privado o Estado, o a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro”. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 58.

¹¹²⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 70.

¹¹²⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

¹¹²⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 123.

particulares, sempre que detectado um déficit constitucionalmente ilegítimo de proteção de um dos direitos, na relação jurídica em causa”, conforme pontuam Sarlet e Mota¹¹³⁰.

Sem embargo às críticas¹¹³¹ ao modo como Canaris desenvolveu a doutrina da proibição de insuficiência, deve-se compreendê-la neste trabalho, em resumo, como a garantia do dever estatal de tutela.

Este modelo realiza a dignidade humana no Direito Civil na medida em que reconhece autonomia do Direito Privado evitando “o principal problema advindo do recurso imediato aos direitos fundamentais” no Brasil que “sua utilização como ‘cavalos de Tróia’ para permitir o emprego e fatores de correção externos”¹¹³². O Direito Civil não pode se deixar envolver por um discurso retórico de “direitos fundamentais” cujo conteúdo é preenchido de maneira antidemocrática mediante pautas solipsistas dos seus intérpretes que, na maioria das vezes, deixam de prestar contas de suas deliberações e “que ignoram que todos os critérios necessários à tomada de decisão devem ser selecionados dentro de marcos objetivamente comprováveis”, sob pena de uma irreversível perda “da determinabilidade do Direito e de sua capacidade de vincular condutas”¹¹³³.

¹¹³⁰ “a proibição de insuficiência não é aplicável apenas no (explícito) controle jurídico constitucional de uma omissão legislativa, mas também, igualmente, nos correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento judiciais do direito. Pois, uma vez que a função de imperativo de tutela de direitos fundamentais não tem, de forma alguma, alcance mais amplo no caso de uma realização pela jurisprudência do que pelo legislador, o juiz apenas está autorizado a cumprir esta tarefa porque, e na medida em que, a não o fazer, se verificaria um inconstitucional déficit de proteção, e, portanto, uma violação da proibição de insuficiência. Outra questão é, evidentemente, a de saber se a jurisdição não pode, em certas circunstâncias, ir além do mínimo de proteção jurídico constitucionalmente imposto, porque e na medida em que o legislador (ordinário) também o poderia fazer. Tal possibilidade deve em princípio ser reconhecida, embora nada tenha a ver com a presente problemática, e pertença, antes, à temática do desenvolvimento judicial do direito e dos seus limites. Só se o conteúdo da proteção estiver inteiramente determinado pela Constituição é que não caberá qualquer função autônoma à proibição de insuficiência”. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 12.

¹¹³¹ Dimoulis e Martins (2018, p. 149-150): “a Doutrina alemã tentou criar a partir de uma figura cunhada pelo civilista Claus-Wilhelm Canaris a denominada proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*), um pretenso parâmetro para se inferir a partir de que momento uma omissão (sobretudo legislativa) seria inconstitucional. A figura existiria em paralelo à tradicional figura da “proibição de excesso (ou exagero)” (*Übermassverbot*) da intervenção estatal que representa uma tradução ou aplicação correta do critério da proporcionalidade. O legislador estaria no aperto (*in der Klemme*) entre os parâmetros da proibição de excesso e de insuficiência. Correspondentemente, as demais discricionariedades específicas da Administração e do Judiciário também restariam reduzidas. Segundo alguns constitucionalistas alemães, como *Christian Starck*, os dois parâmetros convergiriam, pois no momento da aferição do meio de intervenção de menor gravidade em relação à liberdade intervinda ou tratamento desigual (*Untermaßverbot*). Essa opinião é infundada porque a observância da proibição de excesso em relação à liberdade intervinda ou tratamento desigual só atesta que o meio escolhido pelo legislador atende ao propósito da intervenção, nada dizendo a respeito de suposta “suficiência”, ou seja, em determinado grau de atendimento ao propósito da intervenção que corresponderia a realização ou cumprimento do dever estatal de tutela”.

¹¹³² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 354.

¹¹³³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 354.

4.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Este capítulo visou testar a hipótese da realização da dignidade humana no Direito Civil através de dois modelos, o da eficácia direta e o da eficácia indireta. Qual destas teorias representaria, portanto, o filtro mais adequado para a referida realização?

Para se chegar à conclusão, analisou-se, em primeiro lugar, ainda que brevemente, a teoria dos direitos fundamentais e suas particularidades. Neste tópico foram apresentadas algumas controvérsias em torno do objeto central deste capítulo e que servem de base teórica para a conclusão. São eles: (i) um sistema de direitos fundamentais aberto e flexível; (ii) um sistema de direitos fundamentais com possibilidade de lacunas; (iii) cada direito fundamental constitui um direito público subjetivo que deve ser exercido, em regra, diretamente por um particular em face do Estado e indiretamente por um particular em face de outro particular; (iv) eficácia e aplicabilidade como faces de uma mesma moeda; (v) inexistência de dispositivo constitucional positivo que regule a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; (vi) adoção da teoria dos princípios de Alexy no que se refere à distinção entre regras e princípios. Isto não significa que se acolha na integralidade a teoria estrutural dos direitos fundamentais de Alexy com base na sua referida teoria dos princípios; (vii) a dupla natureza da dignidade humana, ora agindo como regra, ora como princípio; (viii) o conceito relativo de dignidade humana consoante doutrina de Alexy.

No passo seguinte, analisou-se a questão relativa à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, chegando-se as seguintes conclusões: (i) a vinculação exclusiva do Estado e a não vinculação dos particulares em relação aos direitos fundamentais; (ii) o fato de que a Constituição brasileira teria como fundamento uma concepção social-estatal dos direitos fundamentais através da qual o Estado garante diretamente a partir de cada direito fundamental, as necessárias condições sociais para a realização das liberdades fundamentais. Essas garantias apenas devem ser exercidas pelos particulares em face de outros particulares, em regra, indiretamente.

Em um terceiro momento, analisou-se a autonomia privada com os seguintes objetivos: (i) defender sua proteção mediante a cláusula geral de tutela à Pessoa Humana; (ii) preservar o seu espaço da seguinte maneira: através dos requisitos formais exigidos em lei, da fiscalização de seu exercício através de limites impostos pelas cláusulas gerais preenchidas com o teor civilista em consonância com os direitos fundamentais e da fixação de sanções legais que

geram uma maior autorresponsabilidade; (iii) demonstrar o seu amadurecimento e seu significativo avanço em determinadas áreas do Direito Civil, em especial através da Lei de Liberdade econômica; (iv) por fim, comprovar seu status constitucional.

Toda esta base teórica serviu para dar suporte ao teste das hipóteses da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Quais destas teorias representam o melhor filtro para que a dignidade humana se realize efetivamente no Direito Civil?

Para a realização desse teste, tomou-se os seguintes passos. Em primeiro lugar, analisou-se o caso *Lüth-Urteil*, o julgado paradigmático que apreciou a questão relativa aos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Dele, extraíram-se conceitos que até o presente momento são utilizados pela doutrina e jurisprudência de vários lugares do mundo, tais como: “ordem objetiva de valores”, “irradiação dos direitos fundamentais” e “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares mediante as cláusulas gerais de Direito Civil”.

Realizado o estudo do referido julgado, apreciou-se os elementos da doutrina da eficácia direta mediante a doutrina de Nipperdey e da doutrina brasileira, chegando-se a conclusão de que a adoção da teoria da eficácia direta como regra não é a doutrina mais adequada para a realização da dignidade humana no direito civil, s parte de dois pressupostos equivocados: (i) inexistência da dicotomia entre Direito Público e Privado e da inexistência de autonomia epistemológica do Direito Civil. O enfraquecimento epistemológico do Direito Civil lhe retira a capacidade de desenvolver e reforçar internamente, através de suas próprias categorias, institutos que regulem e promovam com mais eficiência a autonomia privada. O aprofundamento epistemológico e especializado na análise do Direito Civil contribuirá para pensamentos mais amadurecidos e fortalecidos a partir de uma lógica própria dos civilistas que poderá ser ajustada pelos princípios constitucionais e pelos direitos fundamentais. Definitivamente, a inexistência de autonomia epistemológica do Direito Civil não realizará a dignidade humana uma vez que não permitirá o surgimento de soluções satisfatórias. A confusão epistemológica entre Direito Civil e Constitucional apenas abordará superficialmente as questões que poderiam ser aprofundadas com a lógica do Direito Civil; (ii) segundo, porque não estabelece filtros claros, precisos objetivos e delimitados para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Como se aplicar diretamente um direito fundamental com baixa carga de realização em um conflito privado, ou seja, que necessite da legislação ordinária para efetiva-la? Quem preencherá a abstrata densidade conceitual de

direitos fundamentais? O intérprete ou o aplicador? Como? Através dos valores constitucionais? Como? O círculo vicioso não tem um fim! O caráter abstrato nunca será mitigado e sempre estará a merce do decisionismo e do subjetivismo. Daí a importância de filtros que venham a preencher passo a passo esse o conteúdo abstrato dos direitos fundamentais para que eles se tornem em sólidas e rigorosas normas a realizarem a dignidade humana no Direito Civil em determinado caso concreto.

Em seguida, procedeu-se, finalmente, ao teste da eficácia indireta e constatou-se que ela é o meio mais adequado para se realizar a dignidade humana no Direito Civil pelos seguintes fundamentos: (i) inexistência de norma constitucional positiva a impedir a aplicação desta teoria; (ii) a elevada abstração dos direitos fundamentais que reclama a necessidade de operacionalização (filtros) através da irradiação. Com isso, garante-se o respeito ao espaço democrático e a separação dos poderes, a segurança jurídica mediante a certeza e a previsibilidade, bem como retira-se do âmbito judicial o espaço decisório da autonomia privada; (iii) o reconhecimento acerca da adaptação histórica do Direito Civil para compreender o modo de funcionamento errático, irracional e entrópico da atividade negocial; (iv) oferece a opção de irradiar os direitos fundamentais nas relações privadas mediante as cláusulas gerais do Direito Civil; (v) evita o barateamento e a banalização dos direitos fundamentais; (vi) efetua a distinção entre unidade e unificação da ordem jurídica; (vii) garante com mais afetividade a realização dos princípios constitucionais da presunção de constitucionalidade e da interpretação conforme.

Mas dentre os modelos de eficácia indireta, qual seria o mais adequado para se proceder a realização da dignidade humana no direito civil brasileiro? Como resposta, apresentou-se a doutrina de Otavio Luiz Rodrigues Junior, conforme já explicitado no tópico concernente ao tema.

5 CONCLUSÃO

A ontologia da dignidade humana reside na sua abstração e na sua linguagem vaga. Essa condição reclama o seu preenchimento jurídico que não pode acontecer de qualquer forma. São necessários filtros metodológicos capazes de direcionar a melhor forma de se efetivar esse preenchimento no sentido de evitar que “impurezas” ideológicas ou panfletárias dominem o seu conteúdo.

O objetivo primordial desta dissertação foi apresentar um modelo de eficácia indireta *fraca* dos direitos fundamentais nas relações entre particulares como filtro mais adequado para a efetiva realização da dignidade humana no Direito Civil. Este foi o foco do trabalho. Contudo, a construção desta solução não foi apresentada aleatoriamente, eis que precedida por importantes pressupostos teóricos.

No primeiro momento, apresentou-se um modelo de neoconstitucionalismo teórico como espaço adequado para a realização da dignidade humana no Direito Civil. Uma zona constitucional construída com o auxílio da Teoria do Direito desenvolvida por Hart mediante o *soft positivism* capaz de conferir critérios mínimos de objetividade, clareza e precisão na referida realização. Verificou-se que é preciso extrair algo significativo decorrente da evolução da racionalidade jusnaturalista (direito pré-moderno) e da racionalidade positivista (direito moderno) para a construção de uma racionalidade neoconstitucionalista (direito contemporâneo).

Através do jusnaturalismo foi possível extrair mediante contemporânea adaptação suas teses fundamentais como (i) a de supremacia do direito natural sobre o direito positivo; (ii) as do direito natural como a racionalidade, a imutabilidade, a universalidade e a inalienabilidade; e (iii) a preocupação com o conteúdo (justiça) do Direito.

A construção deste espaço neoconstitucional teórico visa realizar a dignidade humana no Direito Civil mediante a solução juridicamente construída através de uma fundamentação originária de três pilares: (i) da argumentação jurídica; (ii) da atividade interpretativa; e (iii) da preocupação com a justiça do caso concreto. Tais características jamais deveriam se dissociar de critérios de autoridade decorrentes de um Tribunal Constitucional.

Firmado este primeiro fundamento teórico, partiu-se para o segundo, qual seja, a compreensão filosófica e jurídica sobre a dignidade humana. Acerca da compreensão filosófica, procedeu-se ao estudo de seus fundamentos em Hobbes, Locke e Kant. Outrossim, utilizou-se da doutrina crítica de Michell Villey que alerta o jurista diante da possibilidade de uma manipulação da linguagem tornando o discurso da dignidade humana uma amorfa fórmula mágica ou “ferramenta de mil usos”.

Sob a perspectiva jurídica, a dignidade humana, inobstante a sua vaga natureza, ganha certo contorno de objetividade mediante o seu preenchimento mediante elaboração de conceitos, funções, dimensões e concepções. Mais do que um mero apelo ético, a dignidade tem sido considerada por cortes internacionais como um valor espiritual e moral inerente à pessoa e que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da vida. Independente

de sua concepção apriorística ou histórico-cultural, a dignidade humana reclama o respeito por parte de todos os homens e mulheres que habitam o planeta terrestre.

Viu-se que a dignidade humana passou a ter significativa relevância a partir da segunda guerra mundial, afastando-se de abstrações metajurídicas e ganhando cada vez mais lastro político, social, econômico e jurídico. A declaração Universal de 1948 positivou no âmbito internacional importantes valores que serviram de norte para a elaboração de inúmeras constituições ocidentais. No Brasil, o *status* jurídico da dignidade é de princípio constitucional, sua função é a de ser um dos importantes fundamentos da República e sua base está na configuração de três importantes princípios: igualdade, liberdade e fraternidade. Perante a Suprema Corte Federal, a dignidade pode ser dividida em dois grupos: (i) as decisões que aplicam a dignidade da pessoa humana como a regra impeditiva de determinadas condutas; e (ii) decisões que garantem as prestações que sejam indispensáveis ao mínimo existencial na seara da saúde e educação.

Pois bem, delimitado teoricamente o espaço constitucional e compreendido o sentido filosófico e jurídico da dignidade humana, resta estudar como se procede no Brasil a relação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional. Para isso, efetuou-se um recorte metodológico entre duas correntes de civilistas. De um lado, representado pela primeira escola, está a perspectiva civil-constitucional, liderada por Perlingieri, Tepedino, Fachin, Bodin e Lôbo. Do outro lado, está a segunda escola, representada por Konrad Hesse, Canaris e Otavio Luiz Rodrigues Junior.

Essa divisão realizada para fins exclusivamente didáticos não significa que todos os autores das referidas escolas pensam da mesma forma. Outrossim, não significa que a adoção por uma das escolas represente o absoluto equívoco da outra. Existem variações, contudo, o núcleo central de cada uma delas poderia assim ser resumido. De acordo com a primeira escola: (i) não existe dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, eis que o ordenamento jurídico é uno e os princípios constitucionais possuem supremacia sobre o ordenamento infraconstitucional; (ii) o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil seria um método hermenêutico fundado na fórmula da releitura; (iii) despatrimonialização do Direito Civil, isto é, desprezo pelos valores patrimoniais contidos na legislação ordinária; (iv) o juiz necessita assumir a responsabilidade social diante da mutualidade das leis e das vicissitudes humanas; (v) atuação dos valores constitucionais como reforço de legalidade; (vi) ocorrência de uma mobilidade e plasticidade normativa; (vii) impossibilidade de separar a teoria da interpretação das leis ordinárias e a teoria da interpretação das normas constitucionais; (viii) a interpretação

constitucional deve levar em conta a modificação dos valores ético-políticos da comunidade conforme estipulado na própria Constituição; (ix) a concretização dos direitos fundamentais ocorre mediante a identificação de interesse público no caso concreto; (x) a existência de um Direito Civil “não escrito” remetido aos impulsos e aos contra-impulsos dos movimentos reivindicatórios; (x) o juiz não estaria vinculado à letra da lei, mas ao seu ‘espírito’, ao seu significado na globalidade do ordenamento, na realidade histórica sobre a qual deve incidir; e (xi) objetivo de conferir ao Direito Civil a função de efetuar transformações sociais.

Já os principais elementos da segunda escola seriam os seguintes: (i) aprofundamento e consolidação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado diante do arrefecimento da intervenção estatal nas relações privadas; (ii) incompetência do Direito Civil de promover reformas sociais e luta pela erradicação da miséria no País; (iii) necessidade de proteção dos vulneráveis mediante o ordenamento infraconstitucional; (iv) impossibilidade de relegar o Estado e o Direito à mão invisível do mercado; (v) malefício de um Estado excessivo protetivo que escraviza seus cidadãos em uma gaiola de ouro; (vi) delimitação específica e concreta do que seja e do que não seja a constitucionalização do Direito Civil; (vi) em regra, a constitucionalização do Direito Civil ocorre pela intervenção dos direitos fundamentais nas relações privadas, contudo, o grande problema estaria na intensidade e na forma como essa intervenção se daria; (vii) a forma desta intervenção seria mediante a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares; e (viii) impossibilidade de se confundir unificação com unidade do ordenamento jurídico.

Delimitado teoricamente o espaço constitucional, compreendido o sentido filosófico e jurídico da dignidade humana, analisado como se procede no Brasil a relação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional mediante as duas correntes de pensamento apresentadas, seguiu-se à efetivação da resposta à pergunta central deste trabalho: como, então, realizar a dignidade humana no Direito Civil?

A resposta à pergunta central do trabalho foi realizada por intermédio do teste das duas hipóteses manifestadas através da teoria da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Em resumo, a realização da dignidade humana seria mais adequada através da eficácia direta ou indireta?

Acontece que, para se efetivar o referido teste, procedeu-se à análise de pressupostos fundamentais, quais sejam: (i) os principais aspectos da teoria dos direitos fundamentais a darem fundamentos à hipótese escolhida; (ii) se os particulares se vinculam ou não aos direitos

fundamentais. A vinculação do Estado ocorre diretamente, ao passo que os particulares, em regra, indiretamente; e (iiii) autonomia privada na relação com os direitos fundamentais.

Estabelecidas todas estas premissas teóricas, procedeu-se ao teste da eficácia direta através da doutrina fundamentada em Nipperdey e dos demais teóricos que a desenvolveram. Ao final, concluiu-se que ela não é o meio mais adequado à realização da dignidade humana, uma vez que: (i) nega a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, o que gera o enfraquecimento da autonomia epistemológica do Direito Civil; e (ii) não estabelece filtros claros, precisos e objetivos para a eficácia e aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Por fim, o teste da teoria da eficácia indireta *fraca*, conforme modelo apresentado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, apresentou-se como modelo mais adequado como possível resposta à pergunta central desta pesquisa. A razão reside nos seguintes aspectos: (i) inexistência de norma constitucional positiva a impedir a aplicação desta teoria; (ii) a elevada abstração dos direitos fundamentais que reclama a necessidade de operacionalização (filtros) através da irradiação. Com isso, garante-se o respeito ao espaço democrático e à separação dos poderes, à segurança jurídica mediante a certeza e a previsibilidade, bem como retira-se do âmbito judicial o espaço decisório da autonomia privada; (iii) o reconhecimento acerca da adaptação histórica do Direito Civil para compreender o modo de funcionamento errático, irracional e entrópico da atividade negocial; (iv) oferece a opção de irradiar os direitos fundamentais nas relações privadas mediante as cláusulas gerais do Direito Civil; (v) evita o barateamento e a banalização dos direitos fundamentais; (vi) efetua a distinção entre unidade e unificação da ordem jurídica; e (vii) garante com mais afetividade a realização dos princípios constitucionais da presunção de constitucionalidade e da interpretação conforme.

Em suma, a realização da dignidade humana no Direito Civil brasileiro mediante o filtro da eficácia indireta *fraca* dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares percorreria os seguintes passos (filtros) pelo intérprete e pelo aplicador: (1) aplicação direta da lei mediante o critério de subsunção, ressalvados os métodos constitucionais de interpretação conforme e de inconstitucionalidade; (2) diante da ausência de lei a regulamentar diretamente o caso, competiria a aplicação das cláusulas gerais devidamente irradiadas (preenchidas) pelos direitos fundamentais; (3) Em caso de insuficiência ou impossibilidade de proceder os dois primeiros passos, passar-se-ia ao terceiro como última *ratio*: aplicação do método constitucional de colisão dos direitos fundamentais.

Por fim, registre-se que estes filtros sequenciados não representam a totalidade da teoria da eficácia indireta *fraca* eis que a referida teoria permite a possibilidade excepcional da aplicação da eficácia direta tão somente através da configuração de duas únicas hipóteses: (a) existência de normas de direitos fundamentais que não exijam a intermediação de legislação ordinária, isto é, normas de direitos fundamentais com alta densidade normativa como ocorre, por exemplo, com a proibição de tortura; e (b) para efetivar a “proibição de insuficiência” desenvolvida por Canaris para sua teoria dos deveres de proteção, ou seja, diante de uma absoluta ausência de lei ou cláusula geral. A proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*) é uma das funções dos direitos fundamentais que não permite que o Estado deixe de realizar o imperativo de tutela. Logo, a eficácia direta não seria a regra, mas a exceção diante da existência conjunta de omissão legislativa e da insuficiência das cláusulas gerais preenchidas pelos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco. ***Bases teóricas de la interpretación jurídica***. Madrid: Fundación colóquio jurídico europeo, 2010.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo. Saraiva, 1996.

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014.

ALBINO, Priscilla Linhares; TERÊNCIO, Marlos Gonçalves. Considerações críticas sobre o fenômeno do bullying: do conceito ao combate e à prevenção. **Revista Eletrônica do CEAf**, Porto Alegre–RS, Ministério Público do Estado do RS, v. 1, n. 2, 2012.

ALBUQUERQUE, Aline. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ALDAY, Rafael Escudero. ***Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral***. Madrid: Thompson Civitas, 2004.

ALEXY, Robert. Direito Constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 799, p. 33-51, mai. 2002.

_____. ***Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático***. In: CARBONELL, Miguel (Org.). ***Neoconstitucionalismo(s)***. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

_____. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luís Nery da (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 3-23.

ALVES, Rodrigo Vitorino. Jusnaturalismo medievo e direitos humanos: reflexões sobre o direito em Tomás de Aquino e Guilherme de Ockham. **Revista CEPPG-CESUC**, Catalão, n. 20, p. 89-102, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2008.

ARIZA, Santiago Sastre. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

ATYIAH, Patrick. S. ***The rise and fall of freedom of contract***. Oxford: Clarendon, 1979.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. Revista e atualizada. São Paulo. Malheiros, 2018.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito Da Ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 25 jul. 2019.

AZEREDO, Catarina Machado. **Características individuais e contextuais associadas ao bullying entre escolares no Brasil**. 2015. Tese – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral do direito civil**: parte geral. São Paulo: Editora Atlas SA, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, São Paulo, p. 90-101, março/maio, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, v. 15., jan.-mar. 2007.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Jurisprudência dos conceitos. In: DICIONÁRIO DE FILOSOFIA DO DIREITO. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. (Org.). **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**, na obra coletiva de sua organização A nova interpretação constitucional (Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas). A nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 81, p. 233-289, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARZOTTO, Luis Fernando; MACINTYRE, Alasdair. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 28, n. 59, p. 137-175, 2004.

BETTI, Emilio; CRIFÒ, Giuliano. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Servanda, 2015.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** 1. ed. São Paulo: Noeses, 2017.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria geral do direito**. tradução: Denise Agostinete. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010

_____. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.

BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. **História da filosofia cristã: desde as origens até Nicolau de Cusa**. Tradução e nota introdutória de Raimundo Vier. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial**. 2009. 269 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos de São Paulo, São Paulo, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. 2. tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916. Seção 1, p. 133.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 set. 1942.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Lei nº 13.185, de 06 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática – Bullying. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13185.htm. Acesso em: 11 set. 2018.

BRASIL. Decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 nov. 2018. Seção 1, p. 1.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos: civis, empresariais e de consumo**. Editora Saraiva, 2007.

BYDLINSKI, Franz. Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht. **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht - ÖZöR**, v. 12, p. 423-460, 1962-1963.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí-SC, v. 11, n. 1, p. 135-141, jan.-jun. 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa fé no Direito brasileiro e português. In: AA.VV. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**: Jornada LusoBrasileira de Direito Civil (1979, Porto Alegre). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 43-72, cit. p. 56.

_____. **Obrigação Como Processo**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

DABIN, Jean. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Ícone, 2010.

DANTAS, Marcus. BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Jurisprudência dos conceitos. In: DICIONÁRIO DE FILOSOFIA DO DIREITO. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

_____. **Os paradoxos dos direitos humanos**. Pensar os direitos humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas, v. 1, n. 1, 2011.

DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Fabris, 2012.

DWORKIN, Ronald. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Silvana Vieira. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O império do direito**. Tradução de Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

EICHRODT, Walther. **Teologia do antigo testamento**. Tradução de Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Hagnos, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo Código Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARREL, Martín D. ¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico? **Doxa**, Alicante, v. 2, n. 21, p. 121-128, jul.-dez. 1998. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1998-v2-n21-discusion-entre-el-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico>. Acesso em: 10 set. 2018.

FAVOREU, Louis. *La légitimité du juge constitutionnel*. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v. 2, ano 46, p. 557-581, avr./juin. 1994.

_____. *La constitutionalisation du droit*. In: AUBY, JeanBernard et alii (Ed.). **L'unité du Droit: Mélanges en hommage à Roland Drago**. Paris: Economica, 1996.

_____. *Les des tinataires des droits fondamentaux*. In: FAVOREU, Louis (Coord.). **Droit des libertés fondamentales**. 3. ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 98-112 (especialmente p. 110-112).

FAVOREU, Louis; LÖIC, Philip. **Le Conseil Constitutionnel (Que sais-je?)**. 7. ed. Paris: PUF, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemologia jurídica y garantismo**. México: Fontamara, 2004.

_____. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

_____. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução Ao Estudo Do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 10 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoría del Derecho en tempos del constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

FINNIS, Jonh. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Tradução de Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

_____. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo-RS: Ed. Unisinos, 2006.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade**: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. 224 p.

FOUCAULT, Michel. Nascimento da Bill política. Curso dado no College de Français. 2008

FRANCE. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Conseil Constitutionnel. Paris. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 12 dez. 2019.

FRANÇA, R. Limongi. Direito Privado. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 4, n. 11, p. 33-41, jan./mar. 1980.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GILMORE, Grant. *The death of contract*. Ohio: Ohio State University, 1974.

GLENDON, Mary Ann. *The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights*. *Northwestern Journal of International Human Rights*, Illinois, vol. 2, issue 1, p. 1-19, Spring 2004. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol2/iss1/5>. Acesso em: 6 jan. 2020.

GODINHO, Adriano Marteleto. O fenômeno da constitucionalização: um novo olhar sobre o Direito Civil. In: FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. (Org.). **Direito Constitucional em Homenagem ao Professor Jorge Miranda**. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, v. 1, p. 1-27.

_____. **Direito ao próprio corpo**: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Eutanásia, ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade**: o sentido de viver e morrer com dignidade. Curitiba: Juruá, 2016.

GOMES, Orlando. Perspectivas atuais da CLT. In: GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONDINHO, André Osório. **Direito constitucional dos contratos**: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana. Editora Quartier Latin do Brasil, 2010.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Martins Fontes, 2002.

GRUDEM, Wayne A. **Teologia Sistemática**. São Paulo: Vida Nova, 2015.

GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

_____. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madri: Trotta, 2010.

_____. *Estudios de teoria constitucional*. Tradução de Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Editorial Civitas, S.A. Madrid: España, 1995.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*, Col. **Os Pensadores**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria BN da Silva. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1997.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, v. 859, p. 81-91, maio 2007.

HORWITZ, Morton J. *The transformation of American law, 1780-1860*. London: Harvard University Press, 1977.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado (1945)**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. Brasília: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Fernando. O formalismo expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 245-268, jan.-jun., 2014.

LIMA, Newton de Oliveira. **Teoria dos valores jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch**. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2009.

LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: ENRHARDT JUNIOR, Marcos et al. (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. 612 p. Disponível em: <http://www.ufal.edu.br/unidadeacademica/fda/pos-graduacao/mestrado-em-direito/publicacoes/artigos-do-professor-marcos-erhardt/livro-direito-civil-constitucional-a-ressignificacao-da-funcao-dos-institutos-fundamentais-do-direito-civil-contemporaneo-e-suas-consequencias>. Acesso em: 10 dez. 2019.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar Direito hoje? In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Introdução Crítica ao Direito**. 4. ed. Brasília: UNB, 1993. (Série o direito achado na rua, v. 1).

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAC CRORIE, Benedita. O recurso ao princípio da dignidade humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional. In: OLIVEIRA, António Cândido de (Coord.). **Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade d Minho**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 150-174.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MALISKA, Marco Augusto. In: CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado constitucional: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Instituições de Direito Público e Privado**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 50.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a Liberdade**. Tradução de Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, 2006.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

MORESO, José Juan. *Conflictos entre principios constitucionales*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

MUÑOZ, Francisco Puy. *Iusnaturalismos. Derecho natural y iusnaturalismos: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho*. Primera edición, julio. Lima: Palestra Editores, 2014. p. 17-29.

NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica. 4. tiragem. 2018.

NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. HECK, Luís Afonso (Org.). Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

PAMPLONA, Danielle Anne. Das violações de direitos humanos e do envolvimento das grandes corporações. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (Orgs.). **Empresas e direitos humanos**. 1. ed. Salvador: Ius Podivum, 2018, v. 1, p. 171-184.

PAMPLONA, Danielle Anne; MORAES, Patricia Almeida de. Os desafios para implementação dos princípios orientadores da ONU para empresas e direitos humanos. In: GOMES, Eduardo B.; DIAS, Steeve Beloni C. D. (Orgs.). **70 Anos da Declaração Universal de Direitos Humanos**: retrospectiva e perspectiva. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2018, v. 1, p. 1-17.

PERELMAN, Chaïn. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org.) **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas e princípios lógicos da Constituição. São Paulo: Malleiros, 2003.

_____. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional**. 16. ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

POOLE, Hilare (Org.). **Direitos Humanos**: referências essenciais. Tradução de Fábio Larsson. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2017.

POZZOLO, Suzanna. *Um constitucionalismo ambíguo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Teoria do direito e teoria dos direitos humanos. In: Tosi, Giuseppe (Org.). **Direitos Humanos**: história, teoria e prática. 1. ed. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2005. p. 193-216.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Cabral de Moncada. Portugal, Coimbra: Armênio Amado, 1974.

RÃO, Vicente. **O direito à vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 243.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

REIS, Fellipe Guerra David. O canibal de Rothenburg: um ensaio sobre a liberdade. **Revista Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, v. 1, n. 13, p. 139-162, 2011. p. 150. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/edicoes/anteriores/3a-edicao-juridica/>. Acesso em: 9 dez. 2019.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O fenômeno da constitucionalização do Direito: seus efeitos sobre o direito civil. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Orgs.). **Direito Civil Constitucional**: A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 547-562.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010.

_____. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **RT**, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

_____. **Direito Civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

RÜCKERT, Joachim. O BGB – Um código que não teve oportunidade? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 34, p. 6-37, jan.-jun. 2016. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/63728>. Acesso em: 10 set. 2018.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

_____. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madri: Trotta, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.) **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas e princípios lógicos da Constituição**. São Paulo: Malleiros, 2003.

_____. Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007a.

_____. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007b.

_____. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Palhoça, Ano VIII, n. 14., p.19-51, jan./jul. 2017.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed., revista e atualizada. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018.

SARMENTO, Daniel. Comentários à Constituição do Brasil. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Presentación de Francisco Ayala. Primera edición. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1982. Cuarta reimpresión. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2003.

SCHUPPERT, Gunnar Folke; BUMKE, Christian. **Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des "einfachen" Rechts (Forum Rechtswissenschaft)**. Auflage: 1. Deutsch. Nomos, 13. April 2000.

SILVA, Ana Rachel F.; PAMPLONA, Danielle Anne. Os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos: houve avanços? In: VAILATTI, Diogo Basílio; DOMINQUINI, Eliete Doretto (Orgs.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2016, v. 1, p. 147-168.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>. Acesso em: 10 dez. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 60.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 37. ed. Ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli et al.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____ (Org.). **Problemas de Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001. 590 p.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006.

_____. **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. Fundamentos do direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional**. 16. ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español*. In: NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo; MONTEIRO, Antônio Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)*. General Assembly Resolution 217 A. International Bill of Human Rights. **United Nations**, United Nations General Assembly, Paris, 10 Dec. 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

VAN DER WALT, Johan. **The horizontal effect revolution and the question of sovereignty**. Walter de Gruyter GmbH & Co KG, 2014.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Ed. Noeses, 2010.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Martins Fontes, 2003.

_____. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **O direito e os direitos humanos.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

WELZEL, Hans. **Derecho Natural y Justicia Material.** Madrid: Aguilar, 1957.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** 5. ed. Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

ZAGREBELSKI, Gustavo. A lei, o direito e a constituição. COLÓQUIO COMEMORATIVO DO XX ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. Lisboa, 28 nov. 2003. **Anais...** Lisboa: Tribunal Constitucional Português, 2003.