

Enisa Eneida da Rosa Pritsch Winck

**O VÔO DO PÁSSARO FERIDO: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NA CONCREÇÃO DO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada à Coordenação do
Mestrado em Direito da Universidade de Santa
Cruz do Sul

Orientador: Prof. Pós - Dr. Jorge Renato dos Reis

Santa Cruz do Sul, março de 2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Esta Dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito –
Mestrado, na Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, da
Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção
do título de Mestre em Direito

Prof. Pós - Dr. Jorge Renato dos Reis
Professor Orientador

Prof. Pós - Dr. _____

Prof. Pós - Dr. _____

A D. Zilda Pristch, aquela sem bancos escolares, auto-ditata, dona de uma cultura filosófica imensurável, ausente fisicamente, mas cujo exemplo, apoio e amor incondicional me acompanham sempre, dedico esta conquista – com muita gratidão e dolorosa saudade.

A minha família - inspiração e força:

Ao Winck, esposo e companheiro, uma experiência compartilhada.

Ao Fernando, amigo, irmão, filho genético e espiritual, dádiva divina.

Caminante son tus huellas
el camino y nada más;
caminante, no hay camino:
se hace camino al andar.
Al andar se hace camino,
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante, no hay camino,
sino estelas en la mar.¹

¹ Música - Cantares. Letra de Joan Manuel Serrat sobre poemas de Antonio Machado (Poeta Andaluz - 1875-1939). *Caminante, no hay camino se hace camino al andar.*

AGRADECIMENTOS

É preciso ser grande para lecionar. Mas é preciso ser maior para provocar modificações no pensamento. Como dizia Montesquieu, "*não é preciso fazer ler. É preciso fazer pensar.*" Diante, pois, desta constatação, resta-me agradecer a todos os professores e em especial:

Ao Professor orientador pelo incentivo a andar sozinha, e consciente, sempre maiores distâncias, sem nunca ter deixado de estar ao meu lado, a quem respondo com a mensagem do poeta grego Giannis Kamarinakis, no seu *Sísifo*: E se não posso/ Erguer a pedra até o alto/ Sem que ela role de volta/ Não desespero/ Basta-me poder erguê-la /Basta a luta Para me encher o coração!"

A todos os professores, em nome de três em especial: a Prof. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal, por ter proporcionado um alargamento no meu entender e sentir constitucional; Prof. Pós - Dr. Clóvis Gorczewski, pelo incentivo desde sempre e pela orientação continuamente tão dedicada e altruísta; e ao Prof. Dr. João Telmo Vieira, com toda a sua sensibilidade, pela belíssima forma como apresenta e desmistifica o Direito Ambiental.

Aos colegas do curso de Mestrado pela receptividade carinhosa, grandes amigos em todas as horas.

"Alegria somada a alegria: Amor somado a amor. A gratidão é nisso o segredo da amizade, não pelo sentimento de uma dívida, pois nada se deve aos amigos, mas por superabundância de alegria comum, de alegria recíproca, de alegria partilhada." (Alldré Comte-Sponville)

As preciosíssimas: Assistente Administrativo Rosana Maria Fabra e a Auxiliar Administrativo Gisele Delazeri, pela disponibilidade e carinho despendido.

quando vires o pássaro ferido
vagando antes que surja a madrugada
não o tanjas nem o chames
deixa-o voar. não te apiades
deixa o pássaro voar. ele comeu a estrela
e conserva no desenho do seu vôo
as dimensões incontidas
dos humildes gestos perdidos para sempre.
não chames o pássaro ferido.
não te ouvirá pois não sabes os seus nomes.
e ninguém há de estancar o vôo
que jorra eternamente
de suas vísceras fecundadas
pela essência intocada da estrela
sua prisioneira e amor.
uma estrela de fogo e de basalto.
de basalto e fogo, não esqueças.
e o pássaro mais ferido pela luz
do que pelas cinco pontas da estrela. sempre voará.
deixa o pássaro voar. quando ouvires o tataral — apenas
ritmo — cansado mas não vencido
de suas penas molhadas de arrebol
deixa o pássaro voar. não tentes prendê-lo.
a ilusão é mais mortífera do que a desesperança.
o pássaro é essencialmente livre
muito embora suas penas estejam prenhes
de luz e sangue misturados.
se vires por acaso o pássaro voando
não o chames para o teu silêncio
pois o pássaro é muito bom — é bom demais —
para que tu sombra e demência o possas possuir.
mas não odeies o pássaro
ama-o de longe. pois é forte
apenas um amor de morte. ouvi o pássaro cantar.
ouvi sua lenda e seu martírio a tortura da estrela e saí no
ontem no hoje e no amanhã
a procurá-lo. fruto do bem e do mal.²

² Ruas, L. *Aviso*. IN: ROGEL, Samuel (Org.) *Manual de teoria literária*. Petrópolis: Vozes, 2.000. 13a edição. (Poesia publicada originalmente em "Leituras da Amazônia", Universidade Stendhal-Grenoble / U. A. Ano 1, n. 1, abril-1998)

RESUMO

Os Direitos Fundamentais são os direitos do homem, reconhecidos e protegidos pelas Constituições, dessa forma, não há Constituição - que se possa chamar de democrática - quando não pressuponha a existência desses direitos. Assim, a presente dissertação pretende abordar o tema da reconstrução constitucional do Direito Privado, no processo de transformação ou mudança de paradigmas, por que passou o Direito Constitucional brasileiro, suplantando a divisão dicotômica entre o Direito Público e o Privado. Buscar-se-á os efeitos decorrentes, em ambos os ramos do Direito, face à nova estrutura principiológica e a recente metódica interpretativa Constitucional, à luz do princípio maior da dignidade da pessoa humana. Finalmente, inferir-se-á, quais os reflexos emanados das mutações ocorridas do Direito Constitucional, ao que concerne a eficácia e concreção dos Direitos Fundamentais nas relações *interprivatos*.

Palavras-chave: Constituição, Direitos Fundamentais, Relações interprivadas, Concretização.

RESUMEN

The Fundamental Rights are rights of men, recognized and protected by the Constitutions. This way, there is no Constitution – that can be called democratic – when the existence of these rights cannot be presumed. Thus, the present dissertation aims at approaching the constitutional reconstruction of the Private Law theme, in the transformation process or paradigm change, by which the Brazilian Constitutional Law has been through, surpassing the dichotomy between Public and Private Law. The objective, therefore, is to find the inherent effects, in both branches of the Law, in relation to the new principle structure and the recent Constitutional interpretation methodology, at light of the human being's dignity principle. Finally, the reflexes derived from the mutations occurred in the Constitutional Law, in relation to the efficiency and concretion of the Fundamental rights in the inter-private relations will be inferred.

Key - Words: Constitution - Fundamental Rights, interprivate relations - implementation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O PRIMEIRO BATER DE ASAS: NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	16
1.1 Preliminares necessárias: O vôo do pássaro ferido	16
1.1.1 Invocando a metalinguagem metafórica.....	17
1.1.2 Liberdade: roteiro dos pássaros.....	18
1.1.3 Liberdade, além de um sonho, um direito fundamental.....	23
1.2 A Constituição como norma jurídica e sua força normativa constitucional	26
1.2.1 Norma jurídica e/ou força normativa	27
1.2.2 Teoria dos princípios como coração das constituições contemporâneas	34
1.2.3 Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro ...	39
1.3 Ascensão dos princípios constitucionais	48
1.3.1 Princípios como fundamento do sistema jurídico e princípios constitucionais .	49
1.3.2 Princípio como Norma jurídica.....	54
1.3.3 Construção Principlista do Direito Constitucional na sua nova Interpretação.....	60
2 UM VÔO SEM FRONTEIRAS: A RECONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PRIVADO	69
2.1 A Constituição como vértice axiológico do sistema aberto	70
2.1.1 A idéia de abertura do sistema jurídico – Constituição aberta.....	71
2.1.2 Estrutura sistêmica: Constituição como sistema aberto de regras e princípios.....	78
2.1.3 Fundamentos do modelo de Direito Privado brasileiro - dos limites à publicização do Direito Privado.....	87
2.2 Uma vez mais - Direito Privado constitucionalizado	95
2.2.1 A abertura do sistema e a constitucionalização do Direito Privado	96
2.2.2 O sentido antigo e o sentido moderno da constitucionalização do Direito Privado.....	102
2.2.3 Direito Público e Direito Privado – superando distâncias.....	107

2.3 Constituição e Direito Privado: a incomunicabilidade e sua ultrapassagem: Direitos Fundamentais	112
2.3.1 A incomunicabilidade e a abstração instituída pela codificação tradicional: rompendo barreiras, alçando novos vãos.....	113
2.3.2 Ultrapassando a incomunicabilidade: trânsito para a eficácia protetiva dos Direitos Fundamentais.....	116
2.3.3 O novo Direito Privado e os direitos da personalidade.....	119
3 O PÁSSARO EM SEU NINHO – A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	124
3.1 Posição e aceção dos direitos fundamentais na arquitetura constitucional	127
3.1.1 A concepção clássica dos direitos fundamentais, da delimitação conceitual e da definição na seara terminológica.....	128
3.1.2 Perspectiva histórica: dos direitos naturais e ao processo de reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo.....	136
3.1.3 Alcance e significado dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988.....	142
3.2 Pressupostos da idéia da eficácia dos direitos fundamentais	146
3.2.1 Algumas considerações em torno da problemática das dimensões dos direitos fundamentais.....	147
3.2.2 A eficácia dos direitos fundamentais: significado do princípio da aplicabilidade imediata ou direta na esfera privada.....	152
3.2.3 A eficácia dos direitos fundamentais: significado do princípio da aplicabilidade mediata ou indireta na esfera privada.....	158
3.3 No aconchego do ninho: uma idéia de efetividade dos Direitos Fundamentais	162
3.3.1 A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais na Constituição Brasileira.....	164
3.3.2 As teorias sobre a eficácia <i>interprivatos</i> dos direitos fundamentais e sua aceitabilidade.....	166
3.3.3 A instrumentalização constitucional para a eficácia e efetividade dos Direitos Fundamentais.....	169

CONCLUSÃO.....172

REFERÊNCIAS.....177

INTRODUÇÃO

A atual conjuntura social, política e cultural do globo impõem contínuas transformações na forma de integração social e novas exigências de convivência intersubjetiva. Neste estágio de desenvolvimento das sociedades, claramente, insuficiente mostram-se as concepções acerca do Direito que, de alguma forma, o mantenham dissociado das aspirações do corpo social ao qual deve tutelar.

A guinada paradigmática que atingiu o Direito contemporâneo, transportou-o para o caminho da realização de valores atinentes à tutela da pessoa, tendo por principal moto a reaproximação entre o corpo de normas jurídicas e os valores morais, éticos, políticos ou humanos que permeiam as sociedades, rompendo de vez com o enclausuramento, no qual, o Direito em geral era mantido por largo tempo, longe da faticidade do entorno social.

Assim, ante os influxos advindos da transição do Estado Liberal para os Estados Social e Democrático, o direito brasileiro buscou a superação das dificuldades, daí, reflexivas, em grande parte, por força das crescentes pressões pela construção de um modelo jurídico mais atento à satisfação dos anseios da sociedade; instituiu-se uma nova era na cultura sócio-político-jurídica, realizadora de alterações no Direito Constitucional, abarcadas pelo Direito Privado, com respaldado dos princípios constitucionais. Mas, pontua-se em resposta as mutações sócio-jurídicas, a relevante questão da relação entre os Direitos Fundamentais e o Direito Privado, tendo como aporte o fato de que tais direitos, enquanto parte da Constituição, constituem grau mais elevado na hierarquia das normas, podendo, conseqüentemente influenciar o Direito Privado, e em afluência as relações *interprivatos*.

Dessarte, de olhos postos no horizonte, este trabalho dissertativo, procura atender aos desafios postos pelo Programa de Mestrado em Direito da UNISC, com área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, em especial linha de pesquisa: Constitucionalismo Contemporâneo, que vem alicerçada no estudo do fenômeno constitucional em seu aspecto de consolidação jurídica de garantias

próprias de uma sociedade altamente complexa, em razão da pluralidade normativa que lhe é própria.

Destarte, investigar-se-á o traço de ligação entre as mutações sócio-ideológicas que alcançaram o atual Direito Constitucional, com imbricamento no Direito Privado, através das mudanças principiológicas e a nova visão metodológica de interpretação da Constituição. Bem como aferindo-se qual o nível de eficácia e concreção dos Direitos Fundamentais nas relações *interprivatos*.

O método adotado para esta pesquisa trata-se do método hipotético – dedutivo³, o qual estabelece que as teorias sejam testadas através de hipóteses alternativas e falseáveis. No tocante a técnica, utiliza-se a pesquisa bibliográfica, contemplando doutrina nacional e estrangeira, em especial aqueles autores que oferecem uma abordagem direcionada a linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo, em especial que fornecem subsídios teóricos para o estudo do Direito Privado constitucionalizado e dos Direitos Fundamentais. Dá-se especial destaque, entre os autores estrangeiros a Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho; entre autores nacionais, Luís Roberto Barroso e Ingo Wolfgang Sarlet. Convém salientar, que em vista da ampla leitura desenvolvida com este desiderato, foram utilizados trabalhos de diversos autores, a amparar a baliza desenvolvida neste trabalho, que circunscreveu uma variedade de temas para obtenção do resultado pretendido.

Neste viés o estudo prévio da noção de Constituição torna-se fundamental para se edificar uma teoria da interpretação constitucional; por essa trilha, passa-se a análise da dogmática principialista, seus efeitos e sua posição de amparo a força

³ Conforme definição de VENTURA, Deisy. *Monografia Jurídica: uma visão prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 78, o método hipotético-dedutivo preconiza que toda pesquisa tem sua origem num problema, para o qual se busca uma solução através de tentativas (conjecturas, hipóteses, teorias) e da eliminação de erros através de testes. Portanto, a pesquisa científica que adota este método tem início com um problema, o qual deve ser descrito de forma precisa. A partir de então, busca-se identificar outros conhecimentos e instrumentos relevantes ao problema, que poderão contribuir para a sua resolução. Após essa fase, o pesquisador procede à observação, testando aqueles conhecimentos e instrumentos antes identificados. Nessa fase é observado um determinado objeto da pesquisa. Posteriormente, tem-se a formulação de hipóteses, ou “descrições-tentativa”. Nesse contexto metodológico, têm espaço a interpretação jurídica inovadora e as novas abordagens jurídicas.

normativa da Constituição; neste ponto visualiza-se a denominada reconstrução do Direito Privado constitucionalizado.

A partir deste enfoque, urge considerar o alcance destas mutações, localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaço histórico-sócio-ideológico pátrio, que alcançaram a pós-modernidade, bem como, seus efeitos sobre a concreção dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas, como arquétipo do Estado Democrático de Direito, e por certo, um grande desafio brasileiro no terceiro milênio.

O problema fundante que se coloca para o presente trabalho é o de aferir em que pontos os princípios constitucionais e a mudança de paradigmas do direito contemporâneo influenciaram a estrutura do Direito Privado brasileiro. Dessarte, convém perquirir: quais os efeitos da ascensão dos princípios constitucionais sobre o Direito Privado e de que forma ocorreu a constitucionalização deste Direito, quais os reflexos dessas mudanças principiológicas nas relações *interprivatos* e especialmente na efetivação dos Direitos Fundamentais.

O presente trabalho é estruturado em três capítulos, sendo delimitada a seqüência dos mesmos pelo emprego de linguagem metafórica, a qual, já se desnuda, no próprio título da dissertação: O vôo do pássaro ferido: os Direitos Fundamentais na concreção do Direito Privado contemporâneo.

Após esta introdução, o Capítulo 1, trás uma análise das bases que deram sustentáculo às mudanças no sistema constitucional, por isso a referência lingüística ao “primeiro bater de asas” – a nova interpretação constitucional, a construção principiológica e uma breve avaliação da estrutura sistêmica constitucional.

Em seqüência, o Capítulo 2 – “um vôo sem fronteiras” - trata da reconstrução constitucional do Direito Privado, sua constitucionalização e conseqüências, partindo da avaliação da eficácia normativa da Constituição. E, finaliza-se com o Capítulo 3 – “o pássaro em seu ninho” – como referência a eficácia dos Direitos Privados e o reflexivo problema da concreção dos Direitos Fundamentais, especialmente nas relações interprivadas.

Certo é, que ao iniciar-se um trabalho dissertativo, humildemente, há de se ter em mente o risco de se alcançar ou não os objetivos propostos, mas, seguindo a mensagem poética, posta por Damário da Cruz em seu livro *Segredos das Pipas*, só se encontram razões para escrever esta Dissertação de Mestrado: - Todo risco: A possibilidade de arriscar é que nos faz homens./ Vôo perfeito, no espaço que criamos./ Ninguém decide, sobre os passos que evitamos./ Certeza, de que não somos pássaros/ e que voamos./ Tristeza, de que não vamos/ por medo dos caminhos...

1 O PRIMEIRO BATER DE ASAS: NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Visualiza-se, neste primeiro alçar vôo na incursão ao tema dissertativo - a nova interpretação constitucional - como prelúdio ao desenvolvimento, de forma a facilitar a compreensão do trajeto a ser seguido, abrindo as condições para avaliar-se com uma certa acuidade o atual processo constitucional brasileiro e a posição ocupada, atualmente, pela Constituição Federal de 1988, como força normativa, bem como proceder-se ao exame da ascensão dos princípios constitucionais como coração das constituições e fonte de atualização das mesmas, para tanto, deve-se definir e delimitar o nível de construção principialista do Direito Constitucional.

Mas, ante a utilização de linguagem metafórica, o vôo do pássaro ferido, no intróito do título desta dissertação, bem como, em seus três capítulos, faz-se imprescindível uma breve digressão a respeito, como preliminares necessárias.

1.1 Preliminares necessárias: O vôo do pássaro ferido

Começar a alocação por metáforas simbólicas, o *vôo do pássaro ferido*, significa não só apresentar alguns dos *core terms* (conceitos centrais) da dissertação, mas, também, confrontá-los com os novos "arquétipos", os novos "discursos" e os novos "mitos", que se propõe no modo de produção cultural acadêmica. Crê-se não estar cometendo nenhum atentado contra a racionalidade científica ao dizer que, em muitos aspectos, a ciência e o mito desempenham funções semelhantes, já que ambos ministram ao espírito humano certa representação do mundo e das forças que o animam⁴.

Afinal, como trabalho conclusivo ao estudo na linha de pesquisa do constitucionalismo contemporâneo, não poder-se-ia furtar ao sentimento advindo do

⁴ Neste sentido: AYDOS, Eduardo Dutra. *A Planície de Alétheia: Contribuição para a (re)construção teórica de uma epistemologia de síntese*. In <http://www.geocities.com/edaydos/projeto.htm>, 18 de agosto de 2001. (Versão revista em 26/06/2000 - No prelo, Tese de doutorado sob o título: "A Planície de Alétheia: Contribuição para a (re)construção teórica de uma epistemologia de síntese." Coleção Academia-Humanas, vol.nº 4 - IFCH/Editora da Universidade/UFRGS.)

Direito Constitucional, que alberga em seu “espírito”, como articula Gomes Canotilho, “idéias de filósofos, pensadores e políticos”, sua “gravitação”, não um “singular movimento de rotação em torno de si próprio, mas um amplo gesto de translação perante outras galáxias do saber humano”⁵.

É conveniente reconhecer-se, com humildade socrática, que a “sabedoria prática pode e deve ser adquirida pela atividade produtiva no campo intelectual, enfatizando que o excesso e a carência de proteção matam por igual a criatividade e a liberdade necessária à produção intelectual”⁶. Tantos vãos para chegar a uma afirmativa que responsabiliza em especial aos mestres:

Tenho para mim que a medida de um homem é a condição do seu acesso à Sabedoria e, assim, à Verdade. Por isso mesmo toda obra é reflexão, toda reflexão é biografia, e toda biografia traduz o mundo da vida... onde se insere o homem na sua medida⁷.

De tal modo, feliz o discípulo que pode contar com uma instituição educacional que lhe ampare tal ímpeto volitivo, alicerçado em fundado descortino teórico. Certamente a audácia criativa, o aprofundamento epistemológico e a vontade de saber em muito despertará a crítica, o debate, todo um processo auto-reflexivo e comunicativo em seu entorno acadêmico.

Na articulação semântica do metaforismo do conteúdo monográfico, procura-se romper as amarras teórico-científicas, com arrulhos de denúncia de uma transpiração de vida.

1.1.1 Invocando a metalinguagem metafórica

Parafraseando Eduardo Aydos⁸, podemos dizer que após a curta experiência de alguns séculos do projeto da modernidade – nessa transição da pós-modernidade que estamos vivendo e que se projeta no desenvolvimento exponencial da capacidade instrumental-cognitiva da humanidade - nunca ocorreu o

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional*. 6ª ed. Revista. Coimbra, PT: Almedina, 1993, p. 11/12

⁶ AYDOS, 2001,

⁷ AYDOS, 2001. Idem.

⁸ AYDOS, 2001. Idem.

abandono aos processos simbólicos da comunicação, os quais encurtam a distância entre o pensar e o acontecer.

O modelo civilizatório que acompanhou a humanidade desde priscas eras, veio rebuscado por símbolos que dão margem à interpretação comunicativa. A Mitologia Grega jamais deixou de exercer um grande fascínio sobre a humanidade. Quem não conhece a lenda sobre a *Caixa de Pandora*? E a lenda sobre *Fênix*, o pássaro que ressurgue das cinzas? Uma das explicações para essa lenda, é que mesmo na maior das dificuldades, o ser humano consegue dar a volta por cima e obter sucesso. Bem como pode significar uma apologia à liberdade, por que Fênix⁹ é um pássaro.

Dessarte, símbolo e mito se somatizam. Afinal, o mito está presente no dia-a-dia do ser humano. A força simbólica da Fênix mantém-se viva nas páginas de Heródoto e Plutarco, Dante, Quevedo e Shakespeare, também eles, como a ave, imortais. Como a mitologia grega, a cultura egípcia antiga era baseada no culto aos animais, como criaturas de poder superior participantes da unidade da vida e do cosmos. Os animais eram símbolo de força e poder e eram venerados pelas suas capacidades específicas: o faro do cachorro, a visão do pássaro, a capacidade da cobra de se renovar, o vôo do pássaro dando forma à alma humana.

No simbolismo hodierno, mantêm-se reflexa a imagem do pássaro como uso freqüente de textos metalingüísticos, como exemplifica os poemas de Alcides Buss: "O poema é o som, da ave dentro da ave, da ave que voa, através de si mesma".¹⁰

1.1.2 Liberdade: roteiro dos pássaros

Percorrer o roteiro dos pássaros significa mergulhar verdadeiramente na angústia humana, pois, nos termos de Stuart Mill, "como princípio, a liberdade não

⁹ CHEVALIER, J., GHEERBRANT, A. *Dicionário de Símbolos* (mitos, sonhos, costumes, gestos, formas, figuras, cores, números). Rio de Janeiro: José Olympio, 1998. "A fênix, segundo o que relataram Heródoto ou Plutarco, é um pássaro místico, de um esplendor sem igual, dotado de extraordinária longevidade, e que tem o poder, depois de se consumir em uma fogueira, de renascer de suas cinzas. Quando se aproxima a hora de sua morte, ele constrói um ninho de vergôntes perfumadas onde, no seu próprio calor, se queima. Fênix é o símbolo da ressurreição, que aguarda o defunto depois do julgamento das almas se ele houver cumprido devidamente os ritos e se sua confissão negativa foi julgada como verídica."

¹⁰ BUSS, Alcides. *Cinza de Fênix & três & elegias*. Florianópolis, SC: Editora Insular: 1999. P. 5

se aplica a nenhum estado de coisas anterior ao tempo em que os homens se tornaram capazes de aperfeiçoar-se mediante a discussão livre e igual”.¹¹

Desde os tempos mais remotos, os pássaros exercem forte atração sobre a psique humana. Tanto pela beleza das aves, como, e principalmente, pela mitológica e invejável capacidade de voar. Narra uma antiga lenda chinesa que um imperador de nome *Shun*, encurralado no alto de uma montanha em chamas, consegue escapar da morte voando com asas artificiais. Na mitologia grega, *Ícaro* foge do labirinto de Creta ao usar asas confeccionadas com cera e penas de pássaros. Sem esquecer que o primeiro protótipo de um helicóptero é de autoria do italiano Leonardo da Vinci, outro obcecado pela idéia de percorrer a imensidão dos céus. Olhar o mundo de cima e imitar a plena sensação de liberdade é aspiração humana.¹²

Os relatos míticos das mais diversas culturas estão igualmente povoados de seres híbridos (metade ave, metade humano) e de pássaros fantásticos, curiosos e portadores de poderes inimagináveis. Nos livros sagrados de árabes, persas, hindus ou judeus, os pássaros aparecem com os mais diferentes significados. “O *Rig-Veda* diz que a inteligência é o mais rápido dos pássaros”¹³. A pomba é citada diversas vezes na Bíblia Católica, como símbolo de libertação da alma: “Pelo que disse: Ah! Quem me dera asas como de pomba! Voaria e estaria em descanso”¹⁴. Simbolicamente, o pássaro representa uma alegoria associada ao céu e, por seu vôo, à elevação. Personifica a imaterialidade da alma, o *livre para voar* e buscar seus caminhos. Representa a liberdade...

Desde sempre, conhecidos os pássaros em bandos ou solitários, estão lá conscientes de sua liberdade, louvam a vida, sabem tudo do vento e das tempestades lançavam para o espaço interrogações maiores que o medo, que acordavam recordações da infância; livres, livres; tão alto subindo, tão alto, quanto a inveja humana, a medida de sua pequenez. Certo que os filósofos não os ignoram, e

¹¹ MILL, John Stuart, *A liberdade; Utilitarismo*. Tradução: Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹² Leia-se sobre o tema em interessante reportagem na *Revista Isto É* de 10/12/2003.

¹³ ACCIOLY, Alexandre. *Brasil 500 pássaros*. IN: <http://www.eln.gov.br/Pass500/BIRDS/livro/.htm>. Acesso em 16/11/2006.

¹⁴ *Bíblia Sagrada*, Antigo Testamento, Salmo 55, v. 6.

os poetas, estes, trazem seu vô na alma, advertidos que são, por um discreto bater de asas, o suave acordar da vida e da esperança, no meio ao estrépito das nações.

Afinal, pássaro e liberdade se confundem metaforicamente. Levando em consideração que a idéia que as pessoas geralmente têm de liberdade é a da ausência de condicionamentos. “Liberdade é fazer o que se quer”, assim, ser livre seria estar “completamente aberto, a todo momento, para escolher o que se quer, o que se apetece, o que se deseja, sem qualquer limitação moral: ‘Livre para voar!’, apregoa o slogan publicitário. Essa seria a liberdade total”¹⁵.

Stuart Mill, coloca como traço caracterizador da liberdade a possibilidade de eleição: “a liberdade está em se poder escolher, qualquer que seja a escolha, pois o valor mais elevado seria a própria liberdade, sendo indiferentes os valores escolhidos. A liberdade seria o direito de o indivíduo viver como quiser”¹⁶.

Para Freiherr von Humboldt, a liberdade não é senão a “possibilidade de uma atividade variada e indefinida, enquanto o exercício do governo, ou da dominação, constitui uma atividade única, ainda que real”. A aspiração pela liberdade é, por conseguinte, “freqüentemente sugerido por uma consciência profunda da sua ausência”.¹⁷ Ainda,

Se o apreciar o romper de correntes, no pleno exercício de consciência de seus direitos como homens e cidadãos, constitui para esses um espetáculo belo e enobrecedor, será decerto ainda mais estimulante ver um príncipe rompendo as amarras de seus súditos e garantindo-lhes liberdade – não como ato de graça concedida, mas como o preenchimento de seu primeiro e mais indispensável dever; isso porque é mais sutil ver um objetivo

¹⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Reflexões sobre a Liberdade. In: *Revista de Direito Público*. V. 1, Nº 4 – Abr-Mai-Jun. Porto Alegre: Editora Síntese, 2004. p. 35.

¹⁶ MILL, 2000, p. 19, passim. Esclarece o autor: “Há, porém, uma esfera de ação sobre a qual a sociedade, em contraposição ao indivíduo, somente possui um interesse indireto, se é que o possui. Tal esfera compreende toda a porção da vida e conduta de uma pessoa que afeta apenas a ela mesma ou, se afeta igualmente a outros, afeta-os unicamente na medida em que há seu consentimento e participação livres, voluntários e conscientes. [...] Essa, portanto, a região apropriada da liberdade humana. Abarca, primeiramente, o foro íntimo, exigindo liberdade de consciência no sentido mais amplo da palavra: liberdade de pensamento e de sentimento, absoluta independência de opinião e de sentimento em todos os assuntos, práticos ou especulativos, científicos, morais ou teológicos”. P. 21

¹⁷ HUMBOLDT, Wilhelm, Freiherr von, *Os limites da ação do estado: idéias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado*. Trad. Jesualdo Correia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004. P. 133

alcançado através de uma apreciação reverente da lei do que concedido às exigências da absoluta necessidade¹⁸

Tem-se que a liberdade é uma das notas definidoras do homem. “Como animal racional, o homem é dotado de inteligência e vontade. A liberdade é, justamente, a decorrência necessária da racionalidade humana. Trata-se de traço constitutivo do ser humano.” É pela inteligência, que o homem avalia a realidade, “formando-se uma idéia (verdade) de todas as coisas e captando o que há de bondade (bem) nas coisas, capazes de atender às suas necessidades e de aperfeiçoá-lo”. Já pela vontade, o homem quer os bens que intelectualmente captou como bons para si. “A liberdade é a autodeterminação da vontade, na busca daquilo que a inteligência aponta como passível de ser apetecido”¹⁹. Ou ainda: “Quanto mais um homem age por si mesmo, mais ele se forma. A ação formadora é, propriamente, a ação naturalmente e livremente orientada”, a qual “dependerá da cultura de cada povo, de sua formação para a liberdade”²⁰, como supedâneo ao livre arbítrio.

A liberdade é, pois, a possibilidade de eleição e de opção pelo bem que nos completa e aperfeiçoa, sabendo distingui-lo daquilo que nos é nocivo, ainda que aparentemente possa satisfazer algum dos nossos instintos. A liberdade, portanto, não está no simples fato de escolher, pois, se assim fosse, não haveria que se falar em valores bons ou maus, pois todos seriam equivalentes. Há que escolher, mas escolher bem!²¹

Gomes Canotilho considera que o “conceito de ‘liberdades’ permanece ainda bastante obscuro na doutrina”, estando tradicionalmente ligado aos direitos de defesa perante o Estado (a liberdade seria um *Abwehrrecht*). O autor português visualiza o termo “liberdade, no sentido de *direito de liberdade*”, significando “direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, (...). Trata-se da liberdade pessoal”²².

Quanto às liberdades (ex.: liberdade de informação, expressão, etc), para Gomes Canotilho, “costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjectivas de natureza defensiva”, identificando-se “com direitos a acções negativas; seriam *Abwehrrechte* (direitos de defesa)”. Ainda, como as liberdades resultam do enunciado constitucional, “tem de haver algum traço específico, típico

¹⁸ HUMBOLDT, 2004, p. 135

¹⁹ MARTINS FILHO, 2004, p. 36.

²⁰ HUMBOLDT, 2004, p. 38 e 51.

²¹ MARTINS FILHO, 2004, p. 37.

²² CANOTILHO, 1993, p. 538

das posições subjectivas”, elucidando, esse “traço específico é o da *alternativa de comportamentos*, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento”²³.

Liberdade, considera-se um conceito inatingível pela característica extensão do tema. Por contingência, obliterando-se desta dissertação conceituações de liberdade meramente filosóficas, mas não menos importantes, permite-se dizer que o ordenamento constitucional brasileiro prima pela influência do iluminista Montesquieu, para o qual liberdade nada mais seria do que “o direito de fazer tudo quanto as leis permitem”²⁴, uma vez que a Constituição Federal Brasileira dispõe “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, conforme o artigo 5º, inciso II da referida constituição. E a liberdade, vista sob grande ângulo, encontra sua base constitucional, enquanto direito fundamental expressamente escrito e resguardado no *caput* do art. 5º da Carta constitucional²⁵. É inegável, portanto, sua inclusão em nosso sistema jurídico, inclusive enquanto direito de personalidade.

O Direito Constitucional das liberdades, no mundo contemporâneo, “decorre de uma profusão de fontes que estabelecem as garantias dos direitos e liberdades, cujos princípios são, normalmente, enunciados”. Dessarte, afirmou-se como uma “realidade formal, não apenas dogmática. Tem alcance e conteúdo intemporal, objetivando passar do ideal ao real”.²⁶

A liberdade pode ser examinada em diversos aspectos, considerando-se como uma liberdade existencial para a democracia, na qual a liberdade de opinião é necessária nos direitos e liberdades políticas. Na esfera dos

²³ CANOTILHO, 1993, p. 538 a 540. “Assim, como vimos, o direito à vida é um direito (de natureza defensiva perante o Estado) mas não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre «viver ou morrer»). A *componente negativa* das liberdades constitui também uma dimensão fundamental (ex. ter ou não ter religião, fazer ou não fazer parte de uma associação, escolher uma ou outra profissão). (...) Importante é ainda observar o efeito dinâmico de uma competência no exercício das «liberdades»: enquanto uma liberdade, como se disse, se caracteriza por um momento negativo inerente às alternativas de comportamentos, a garantia de competências contribui para a criação de alternativas activas (ex. CRP, art. 38.72/a: competências para constituir «conselhos de redacções» a fim de dinamizar a liberdade de imprensa).”

²⁴ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

²⁵ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

²⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Jurisdição constitucional da liberdade. IN SAMPAIO. José Adércio Leite – Coordenador. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 01

direitos da personalidade do indivíduo, examina-se a questão do interesse público à informação, com o direito fundamental à proteção da pessoa²⁷.

A atual teoria constitucional vem tentando equacionar-se em torno de duas idéias díspares de liberdade: “a liberdade do cidadão, de participar na formação da vontade do Estado, tornando-se co-autor do destino da sua coletividade”, e a liberdade equivalente à fruição pacífica da independência individual,” vinculada à idéia de autonomia privada.²⁸

Para se alçar vôos na estratosfera da liberdade, prescinde-se da conscientização de que “*La libertad es el referente central para fundamentar los derechos y, como veremos tanto la igualdad, como la seguridad y la solidaridad, tienen que identificarse y definirse en relación con ella.*”²⁹

1.1.3 Liberdade, além de um sonho, um direito fundamental

Liberdade é um dos elementos fundamentais da Democracia e, como a mesma, de conceituação árdua, de percepção social e doutrinária divergente e ambígua, afinal o conceito de liberdade é variável de acordo com lugar e momento histórico, mas, é cristalino que liberdade, além de reconhecidamente ser um direito fundamental, é uma perene aspiração humana, como bem expressa Luther King:

Esse será o dia quando todos os filhos de Deus poderão cantar com um novo significado: “Meu país é teu, doce terra de liberdade, de ti eu canto. Terra onde morreram meus pais, terra do orgulho dos peregrinos, de cada rincão e montanha que ressoe a liberdade”. [...] Quando permitirmos que a liberdade ressoe, quando a deixarmos ressoar de cada vila e cada aldeia, de cada estado e de cada cidade, seremos capazes de apressar o dia quando todos os filhos de Deus, negros e brancos, judeus e gentis, protestantes e católicos, com certeza poderão dar-se as mãos e cantar nas palavras da antiga canção negra: “Liberdade afinal! Liberdade afinal! Louvado seja Deus, todo-misericordioso, estamos livres, finalmente!”³⁰

Liberdade é considerado um direito fundamental de primeira dimensão, de característica indiscutivelmente individual e formalista, no sentido de que todo

²⁷ BARACHO, 2003, Idem, p. 05.

²⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006, p. 144.

²⁹ MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid: Editorial Dykinson, , 2004, p. 137

³⁰ LUTHER KING JR , Martir. Eu tenho um sonho (*I have a dream*) Discurso proferido na Marcha para Washington, 1963. In: <http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>

homem nasce “igual e livre”, de forma enunciativa e de cunho pessoal. As dimensões referentes aos direitos e liberdades fundamentais estão “vinculadas à noção de pessoa humana e de dignidade humana”. Como efeito delas, “os direitos e liberdades são reconhecidos e proclamados, sendo que também, em grande parte, por elas são denominados ou qualificados de fundamentais”.³¹

Os direitos e liberdades fundamentais constituem uma rubrica especial nos temas essenciais do constitucionalismo. As matérias referentes às liberdades e direitos fundamentais oferecem, nos dias de hoje, um conjunto de questões que se torna cada dia mais significativo, haja vista a doutrina de diversos países tem destacado tal temática promovendo reflexões sobre a natureza do direito constitucional e a sua eficácia imediata³².

A amplitude do abrigo dos direitos e liberdades humanas é um fenômeno novo, “quando questionamos o sistema de ações que provêm desde o direito romano, em seu período clássico, e conservou-se, ainda, nos direitos decorrentes da *common law*”³³. Certo é, que com o tempo, surgiram jurisdições encarregadas de decidir sobre as violações aos direitos e liberdades, fazendo referência direta à dignidade humana, como fonte autônoma dos direitos e liberdades, com o objetivo de torná-los efetivos.

A partir do momento em que a Constituição passa, a ser compreendida como um sistema de valores fundamentais, com princípios de justiça social e direitos econômicos e sociais, para José Baracho, nasce a identificação das teorias dos direitos fundamentais, estes direitos “são direitos de liberdades do indivíduo perante o Estado, que concebe os direitos e liberdades como direitos de defesa (*Abwehrrechte*), destacando-se o *status negativus* da liberdade, perante ou contra o Estado”.³⁴

³¹ BARACHO, 2003, p. 21/22, *passim*.

³² A teoria geral das liberdades vem se aprimorando a partir do trabalho clássico de Mauro Cappelletti, obra de valiosa leitura: Cappelletti, Mauro. *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà*. Milano: Giuffè, 1974.

³³ BARACHO, 2003. *Idem*, p. 37/38, *passim*. “O constitucionalismo norte-americano coloca no prelúdio de suas reflexões sobre os *Bill of Rights*, uma pergunta sobre a natureza destes, como fundamento das *liberdades do povo*. Os *Bill of Rights* incluem as provisões da Constituição original e as Emendas que visam proteger a liberdade individual, com limites à atuação do governo”.

³⁴ BARACHO, 2003. *Idem*, p. 35

Talvez liberdade deva ser encarada, atualmente, como um direito humano que recepciona um cunho social, um conceito que depende de outros e ao mesmo tempo condição *sine qua non* para possibilitar tantos outros mais. Seria livre um menino de rua, para quem o mundo perpassaria entre a dor e o crime? Seriam livres os cidadãos de um estado regido pelo analfabetismo, desemprego, miséria? São homens sem a plenitude de liberdade, pois lhes são cerceadas todas as possibilidades de cogitações das alternativas para determinadas decisões, ante a ausência mínima de condições objetivas e subjetivas de vida³⁵. São os mais enjaulados dos homens. A liberdade humana não é nem total (ausente de limitações), nem inexistente, mas uma autodeterminação para o bem. No proferir de Martins Filho³⁶:

Ser livre não é apenas ter a possibilidade de escolher, mas principalmente saber escolher bem, tendo em vista os valores que realizam efetivamente o homem. São justamente os desvirtuamentos na compreensão do que seja a liberdade humana que ensejam os relativismos ou permissivismos morais de um lado, e os autoritarismos e fundamentalismos políticos e econômicos, de outro, comprometendo o sadio desenvolvimento do homem, tanto na sua vida pessoal, quando como ser social.

Há de se-assegurar a cada indivíduo a capacidade de forjar seu projeto vital, amparado por condições possíveis de liberdade, tanto objetiva, como subjetiva. *“Quien designa a algo como ‘libre’, por lo general, no sólo lo describe sino que expresa también una valoración positiva y crea en los escuchas un estímulo para compartir esta valoración”*.³⁷

Ferido o pássaro que voa. Bico entreaberto. Garras preparadas e penas eriçadas. O coração saltitando, dentro do minúsculo peito. Coberto de penas alvas tingidas de rubro. O mais belo tom de rubro: O vivo vermelho do sangue da liberdade. Ferido o pássaro que voa. Porém livre³⁸

³⁵ MARTINEZ, 2004, p. 145. Neste sentido: *“Finalmente, conviene aclarar que la satisfacción de las necesidades radicales y de las de mantenimiento debe ser innegociable porque cualquier transacción al respecto, cualquier consenso fáctico, afectaría a la misma existencia del ser humano, como un fin en sí, o como expresión de una dignidad valiosa, lo que rompería la posibilidad de la autonomía moral. Este argumento refuerza la idea de la imprescindible presencia de la libertad promocional, en el contexto de la libertad social, política y jurídica que fundamenta los derechos, aunque esta necesidad lógica no se produzca siempre en la realidad histórica. En cuanto a las necesidades de mejora, no sería aplicable esta argumentación.”*

³⁶ MARTINS FILHO, 2004, p. 47.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de: *Theorie der Grundrechte*. Valdes, Ernesto Garzon, trad. Madrid: CEPC, 1993 (Reimpressão 2002). p. 211

³⁸ RIBEIRO, Marcelo. IN: <http://www.usuarios.cultura.com.br>. Acesso em 19/03/2006.

Livre o pássaro ferido. Livre o homem, o que, paradoxalmente, permite afirmar que civilização é liberdade. Cicatrizadas as feridas no embate de idéias, que possibilitam a superação das contingências que assim estreitam o campo da liberdade, é o fermento da autoconsciência da humanidade, ante o rebate do Direito Constitucional, que “não se dissolve na ‘história’, na ‘comparatística’, nos ‘arquétipos’”, pois é um direito vigente e vivo³⁹ e como tal esperança de novos vãos protegidos na gravitação dos direitos fundamentais constitucionais.

Ao percorrer os caminhos de uma visão, para o descortino da norma jurídica constitucional, busca-se, sistematicamente a consistência dos conceitos, que melhor demonstrem a sua interação com uma construção principialista na esfera do atual do Direito Constitucional Brasileiro contemporâneo.

1.2 A Constituição como norma jurídica e sua força normativa constitucional

Uma das grandes mudanças paradigmáticas ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim (o que na Europa vigorou até meados do século XIX), o modelo no qual a Constituição era vista como um “documento essencialmente político”, um convite à atuação dos Poderes Públicos. “A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador”⁴⁰. Tal quadro passou a ser alterado com a reconstitucionalização que sobreveio à segunda Grande Guerra Mundial, iniciando-se na Alemanha, bem mais tarde na Itália, seguida por Portugal e Espanha.

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado⁴¹.

³⁹ CANOTILHO, 1993, p. 05

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 02 dez. 2006.

⁴¹ BARROSO, 2005.

No Brasil, o debate acerca da força normativa da Constituição só chegou de forma efetiva, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as oposições previsíveis. Cabendo à Constituição Federal de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de então, o rompimento com posições mais anacrônicas. “Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional”⁴².

A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reproduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição⁴³.

Afinal, como diz Luís Barroso, “fora da Constituição, não há instrumentos nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições.”⁴⁴ A superioridade normativa do direito constitucional na lição de Gomes Canotilho, “implica o *princípio da conformidade* de todos os actos do poder político com as normas e princípios constitucionais”. Por conseguinte “o referido princípio pode formular-se da seguinte maneira: nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior (princípio da hierarquia)”, da mesma forma, nenhuma “norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia (princípio da constitucionalidade)”⁴⁵. Verificar-se-á, a partir de então, a configuração da Constituição como norma jurídica e ou sua força normativa constitucional.

⁴² BARROSO, 2005. “Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata”.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática funcional transformadora*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional)*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 13.

⁴⁵ CANOTILHO, 1993, p.137/138.

1.2.1 Norma jurídica e/ou força normativa

Não se pode olvidar, que a Constituição Brasileira de 1988, assim como a Constituição Portuguesa de 1976, particularmente extensa, visualiza-se como “vasto código normativo”,⁴⁶ capaz de tutelar e proteger em seu ninho, um certo núcleo de direitos fundamentais, abarcando a atual conjuntura social, política e cultural contemporânea, que impõe contínuas transformações nas formas de integração social e novas exigências de convivências intersubjetivas.

Neste estágio de desenvolvimento das sociedades, na qual se insere a brasileira, claramente insuficientes se mostram as concepções acerca do Direito que, de alguma forma, o mantenham dissociado do corpo social ao qual deve tutelar. Assim, são sábias, além de poéticas as palavras de Konrad Hesse:

As Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las.⁴⁷

Destarte, a Constituição conforma o estatuto jurídico fundamental de uma sociedade, consolidando, toda a estrutura do respectivo Estado e seu processo de evolução, intrinsecamente relacionando às forças de transformação sociais. Devendo, o ordenamento jurídico constitucional, além de ser dotado de caráter estático, concomitantemente, apresentar caráter dinâmico, também estar em consonância com os chamados “fatores reais do poder”, na expressão de Ferdinand Lassalle⁴⁸.

Neste ditame, torna-se válido, destacar a noção posta por Pablo Verdú, quanto ao pensamento de Vezio Crisafulli, ao insistir “no valor jurídico de todas as normas

⁴⁶ MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In GRAU. Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. P. 317

⁴⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 17

⁴⁸ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. Podemos dizer que tais fatores referem-se as forças sociais, políticas, econômicas, morais e religiosas atuantes na comunidade, a força ativa que corresponde a todas as leis da sociedade, sendo que, para Lassalle, o texto constitucional que não se coadunar a tais fatores reais não passa de "simples folha de papel". P. 10 a 17, passim.

contidas no instrumento constitucional, de modo que tal alcance jurídico deve estender-se aos princípios retores da política social e econômica.”⁴⁹ Em continuidade, assevera Pablo Verdú:

A princípio a norma constitucional é um mandado legislativo, fundamental, supremo, que procede de um poder extraordinário, originário, soberano, com eficácia social organizadora e transformadora. Em geral é dificilmente reformável, ajustando-se a uma fórmula política que configura as instituições do Estado-Administração e do Estado-comunidade⁵⁰.

Assim, Constituição, sendo um fenômeno relativamente recente, é no dizer de Luís Barroso, uma das “grandes descobertas do pensamento moderno”, tida como “lei superior, vinculante até mesmo para o legislador. A supremacia da Constituição se irradia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada”⁵¹.

Seu surgimento deu-se no processo de formação do Estado moderno, “como tentativa de estabelecer limites racionais ao exercício do poder (principalmente no contexto de transição do Estado Absolutista ao Estado de Direito) em vista da necessidade de tutela e proteção de um certo núcleo de direitos fundamentais”⁵².

Certamente, há uma irradiação da Lei fundamental sobre todo o sistema jurídico, apresentando o balizamento para a difusão da juridicidade, através dos autores das leis e daqueles que as recebem em seus efeitos no tecido social, desta forma, ela deve necessariamente ser interpretada e compreendida. Bem, afirma, Gomes Canotilho, que a Constituição trata-se de uma verdadeira “ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – supremacia da constituição – e é

⁴⁹ VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir como modo de integração política*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 123.

⁵⁰ VERDÚ, 2004. Idem, p. 125.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11

⁵² SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 138, 21 nov. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 08 jun. 2005. “A própria idéia de Constituição já indica o seu *telos* justificador, o seu compromisso com o *ethos* da modernidade, qual seja, o de ubicar o homem no centro do mundo, como produtor/interventor das relações sociais e do Direito. Fala-se isso porque o sentido da Constituição somente pode ser compreendido a partir da ética através da qual o homem crê na possibilidade de intervir, dominar e construir o seu mundo (e mesmo a natureza). Afinal, é movido por este *ethos* que o homem passa a criar o Estado Moderno de Direito.”

nesta supremacia da lei constitucional que o *'primado do direito'* do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão⁵³.

Por outro prisma, a idéia da Constituição como um instrumento de governo, insensível às políticas públicas sociais, e só envolvida com a proteção da liberdade individual e as garantias de cada indivíduo, já se tornou opinião da história das idéias político-constitucionais do século XX, objeto de "*metamorfosis del Derecho Constitucional*", nas palavras de José Sánchez.⁵⁴

Essas novas concepções potencializam a "força normativa da Constituição"⁵⁵ e lhe garantem a inescusável qualidade de norma jurídica - é a idéia de "Constituição como norma"⁵⁶. A força normativa da Constituição⁵⁷, hoje, indica a força de lei, força de direito, força de norma jurídica. E assim, se o todo é lei - suas partes também o são, e se o todo é norma - as regras e princípios que o compõem também o são.

Mas, convém referendar a atualíssima lição de Lênio Streck: "para que se imprima a força normativa à Constituição - entendida em sua totalidade político-principiológica -, torna-se relevante a observação do basilar princípio da proporcionalidade"⁵⁸.

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição, 2ª Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2006. Ainda: "A constituição confere à ordem estadual e ao actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo estadual." P. 245/246.

⁵⁴ SANCHEZ, José acosta. 1988. Op. Cit., p. 59.

⁵⁵ HESSE, 1991, Ver seu livro *Força Normativa da Constituição*. Passim.

⁵⁶ ENTERRIA, Garcia de. Ver seu livro *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1981. passim

⁵⁷ CANOTILHO, 2006, p. 1.150. Assim, define o Autor: "Nos livros de estudos encontram-se formas como estas: *normatividade da constituição*, força normativa da Constituição. Através destas expressões pretende-se significar – é esse o sentido atribuído pela doutrina dominante – que a constituição é uma lei dotada de *efectividade e aplicabilidade*. A *força normativa* da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei como lei deve ser aplicada*. Afasta-se a tese generalizadamente aceite nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía a constituição um "valor declaratório", "uma natureza de simples direcção política", um carácter programático despido da força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis."

⁵⁸ STRECK, 1999, p. 221. Ainda, manifesta-se sobre o referido princípio: "O princípio da proporcionalidade, embora não explicitado formalmente na Constituição (e nas Constituições anteriores) do Brasil, vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal desde 1951, [...]"

se se levar em conta essa realidade. (...) A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social.⁵⁹

“Perecendo a sua força normativa quando ela já não corresponde à natureza singular do presente, a atualidade dessa força dependerá da sua interpretação, tal como venha sendo produzida em cada momento histórico”.⁶⁰ Por sua vez, ao rezear deixar a constituição a mercê da discricionariedade executiva e legislativa, a teoria da Constituição, como força normativa, acaba por transferir para o judiciário a centralidade na realização da constituição e na garantia de seus direitos.

Ao lado desta mudança revolucionária de função do texto constitucional, outra se destaca. A idéia de que a constituição ultrapassa o simples critério da maioria, incorporando os direitos daqueles que não integram essa maioria, ou seja, a incorporação da pluralidade (rompimento com a noção de homogeneidade social), reconhecendo de vez as diferenças e a heterogeneidade social.

Saliente-se que a norma constitucional, para que possa “figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos”, precisa ter um “processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais”. A chamada “rigidez constitucional”, para Barroso, é igualmente “pressuposto de controle de constitucionalidade”⁶¹:

Duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A *supremacia da Constituição* revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma

⁵⁹ HESSE, Konrad, 1991, p. 24/25. Quanto aos limites, diz Hesse: “Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Estes limites não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela idéia de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung) quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza. Quanto mais intensa for a vontade da Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de se que se conforme a Constituição a esses limites”.

⁶⁰ GRAU, Eros Roberto A interpretação constitucional como processo. *Juris Plenum*, Edição nº 77, vol. 2. Porto Alegre: Editora Plenum, maio/jun, 2004.

⁶¹ BARROSO, 2006, p. 01.

escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo - na verdade, nenhum ato jurídico - poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição⁶².

O que realmente vale ficar da idéia da Constituição, para os objetivos deste discurso, é que ela, de certa forma, é documento orientador⁶³ da ação do Estado e da Sociedade; ela tem algo de utopia positivada; por ela se aposta no futuro através da força revolucionadora de suas normas constitucionais. Ela é, no dizer de Gomes Canotilho⁶⁴, uma “Constituição dirigente”. Mas, o próprio Gomes Canotilho, conforme muito bem coloca Nunes Júnior,⁶⁵ vem revendo sua posição,

declarando agora o insigne constitucionalista ser adepto de um constitucionalismo moralmente reflexivo, cujo desafio "consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente mas ineficaz através de outras fórmulas que permitem completar o projeto de modernidade – onde ele não se realizou – nas condições complexas de pós-modernidade".⁶⁶

Gomes Canotilho defende, hoje, a necessidade de uma nova “Teoria da Constituição”, pois não é possível que a norma constitucional continue a conformar autoritariamente a sociedade contemporânea, pluralista e diferenciada, que se radica antes na auto-organização. Assim, as constituições, grandes repositórios da pauta axiológica consagrada nos Princípios de Direito, figurando como fonte

⁶² BARROSO, 2006, p. 02. “Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. [...] Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas.”

⁶³ Leia-se em BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos Princípios no Direito brasileiro. IN BARROSO, Luís Roberto. Org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Ana Paula de Barcellos...[et.al.]; Organizador: Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 360: “Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. Como consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material. A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade”.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Almedina, 1982. Passim.

⁶⁵ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Ainda vive a Constituição dirigente? IN *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* – Nº 21 – Porto Alegre: Síntese, Jan-Fev/2003. p. 57/58

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional na encruzilhada do milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In: *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundación Manuel Garcia, Pelayo, 2000. p. 217- 225, passim.

conceitual-normativa suprema, avocam a posição central no ordenamento jurídico de onde emanam valores humanísticos basilares da estrutura e forma do Direito contemporâneo.

Dessarte, considerando-se a Constituição como “reserva de legitimidade e fonte do direito em sentido pleno, isto é, como sede de direitos e garantias fundamentais imediatamente aplicáveis”⁶⁷, conforme Inocêncio Coelho, nisto consiste “a força normativa da constituição, que destronou a lei do pedestal em que se encontrava, pelo menos desde o século XVIII, para submetê-la a controles de validade formal e material, à luz das regras e dos princípios da Lei Maior”.⁶⁸

Por força da exaltação desta natureza normativa da Constituição, tanto graças ao labor dos pensadores da atual jusfilosofia, quanto pela sua inscrição nos textos constitucionais atuais, a dogmática principiológica ganha corporatura, promovendo uma nova retomada na compreensão e interpretação do Direito.

Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘actualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência⁶⁹.

Neste prisma, a importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, mormente se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio⁷⁰.

Além do mais, a gênese e o modo como os princípios são positivados nos textos constitucionais evidenciam que estes possuem, igualmente, uma importante dimensão institucional, como fatores de criação e manutenção de unidade política. Por tais motivos cabe adentrar-se ao tema da Teoria dos Princípios, buscando-se a

⁶⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. O novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional. In *Revista de Direito Público* – Ano III, N. 12. Porto Alegre: Síntese, 2006. p. 53.

⁶⁸ COELHO, 2006. Idem.

⁶⁹ CANOTILHO, 1993, p. 229.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 260, passim.

trajetória da normatividade dos princípios, através da análise de sua densidade abertura e concretização; tarefa que propõe-se fazer a seguir.

1.2.2 Teoria dos princípios como coração das constituições contemporâneas

A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios constitucionais, o “que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*”⁷¹ e conseqüentemente de sua força normativa imediata. Aqui, torna-se basilar, procurar entender como esta força opera, para que se lhe aplique corretamente. A ignorância dos princípios, nas palavras de Vicente Ráo, “quando não induz a erro, leva à criação de *rábulas* em lugar de juristas”⁷².

Complementa-se com as percucientes palavras de Paulo Bonavides: “A teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições”⁷³. Sem dúvida que a teoria dos princípios, como menciona Ruy Espíndola⁷⁴, é deveras um tema inovador “na teoria jurídica contemporânea, na era do pós-positivismo”.

Na trajetória que transportou os princípios ao centro do sistema, os mesmos tiveram de conquistar o “status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata”⁷⁵. Para Luís Barroso⁷⁶ a “dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras”⁷⁷.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). IN BARROSO, Luís Roberto. Org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 29.

⁷² RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 48.

⁷³ BONAVIDES, 1998, p. 253. Para o mestre brasileiro, “foi com o constitucionalista alemão Robert Alexy”, que a teoria dos princípios, posta por Ronald Dworkin, se aprimorou. *Passim*.

⁷⁴ ESPÍDOLA, 2002, p. 75. Destaca o autor que a “versão mais acabada” sobre a teoria dos princípios, “deve-se, reconhecidamente, a Ronald Dworkin”. Ainda, em suas palavras, agregam o cerne de estudo de uma “concepção principal, teóricos como Karl Larenz, Carl Engisch e Willians Canaris”.

⁷⁵ BARROSO, 2003, p. 337.

⁷⁶ BARROSO, 2003. *Idem*.

⁷⁷ Quanto a distinção entre princípios e regras ater-se-á, de forma mais específica, no item 1.3

Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento⁷⁸.

Conforme ensina Paulo Bonavides, enquanto as “regras vigem, os princípios valem”. O valor que se insere nos princípios “se exprime em graus distintos”. Os princípios como “valores fundamentais, governam a Constituição, o régimen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”⁷⁹, eles se medem “normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra”.⁸⁰

Destarte, sendo a Constituição um sistema de regras e princípios, tendo como aporte a consonância social sobre os valores básicos, compreende-se que os princípios estão no “ápice da pirâmide normativa”, são "*norma normarum*" ou "norma das normas", "fonte das fontes", sintetizando Paulo Bonavides, "são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição"⁸¹.

Consoante manifestação de Mônia Leal pode-se dizer que os “princípios representam não só uma tarefa a realizar”, são também “um ponto de referência e de partida obrigatório para a operacionalização de todo o sistema, principalmente por estarem positivados, isto é, estarem nele inseridos”⁸².

(Ascensão dos princípios constitucionais) do Primeiro Capítulo desta dissertação.

⁷⁸ BARROSO, 2003, p. 338.

⁷⁹ BONAVIDES, 1988, p. 260.

⁸⁰ BONAVIDES, 1988. Idem, p. 260. Complementa: “Como vão longe os tempos em que os princípios, alojados nos Códigos, exercitavam unicamente a função supletiva ou subsidiária, vinculados à “questão da capacidade ou suficiência normativa do ordenamento jurídico”, conforme a doutrina positivista da compreensão do Direito como mero sistema de leis, com total exclusão de valores, ou seja, com ignorância completa da dimensão axiológica dos princípios!”.

⁸¹ BONAVIDES, 1998. Idem, p. 265

⁸² LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, São Paulo: Ed. Manole, 2003. p. 57

Como seqüência, aduz-se que os princípios constitucionais são dotados de certa estrutura normativa⁸³, podendo atuar como fonte autônoma, mesmo que não seja sua única função, "possuindo juízos de dever ser inseridos no plano normativo positivo".⁸⁴ Mas, como assinala Luís Barroso, "princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela".⁸⁵ Desta forma, "os princípios, dotados de normatividade, constituem, ao mesmo tempo, a chave de interpretação dos textos constitucionais"⁸⁶.

Por assim dizer, no tocante à estrutura normativa dos princípios, já que estes "indicam fins, estados ideais a serem alcançados", não detalhando "a conduta a ser seguida para sua realização, que a atividade do intérprete será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar". Neste viés, pode ocorrer ainda, em relação aos princípios, um entrave adicional: "o fim a ser atingido ou o estado ideal a ser transformado em realidade pode não ser objetivamente determinado, envolvendo uma integração subjetiva por parte do intérprete"⁸⁷.

A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em *subprincípios* e *regras constitucionais* concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (diferente densidade semântica). Existem, em primeiro lugar, certos princípios designados por *princípios estruturantes*, constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político⁸⁸.

⁸³ BONAVIDES, 1998, p. 265, passim. Para Paulo Bonavides, os juristas brasileiros foram últimos a proclamarem a normatividade dos princípios, na mesma linha filosófica e científica dos constitucionalistas europeus ligados à teoria material da Constituição.

⁸⁴ LEAL, Mônia, 2003, p. 85 (in nota de rodapé)

⁸⁵ BARROSO. BARCELLOS, 2003. Op. Cit., p. 360

⁸⁶ BONAVIDES, 1998, p. 246/247, passim.

⁸⁷ BARROSO. BARCELLOS, 2003, p. 341 Complementa-se: "Um princípio tem um sentido e alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras. A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete. Um exemplo é fornecido pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Além de não explicitar os comportamentos necessários para realizar a dignidade humana – esta, portanto, é a primeira dificuldade: descobrir os comportamentos – poderá haver controvérsia sobre o que significa a própria dignidade a partir de um determinado conteúdo essencial, conforme o ponto de observação do intérprete".

⁸⁸ CANOTILHO, 1993, p. 180. "Na ordem constitucional portuguesa considerar-se-ão como princípios estruturantes: — O princípio do Estado de direito (...); — O princípio democrático (...); — O princípio republicano (...)"

Gomes Canotilho considera que os princípios estruturantes “ganham densidade e transparência através das suas concretizações”, formando “uma unidade material (unidade da Constituição). Além do mais, todos estes princípios “poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da *concretização legislativa e jurisprudencial*”. Desta forma, estes princípios “ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que ‘densificam’⁸⁹ os princípios estruturantes iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional”⁹⁰.

Os princípios estruturantes podem, de resto, ser concretizados através dos mesmos princípios, embora com acentuações diversas. [...] A densificação dos princípios constitucionais não resulta apenas da sua articulação com outros princípios ou normas constitucionais de maior densidade de concretização. Longe disso: o *processo de concretização constitucional* assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador (*concretização legislativa*) e pelos órgãos de aplicação do direito designadamente os tribunais (*concretização judicial*) a problemas concretos[...]⁹¹

Esses princípios estruturantes "designam os princípios constitutivos do 'núcleo essencial da Constituição', garantindo-lhe uma determinada identidade e estrutura".⁹² Nesta esteira, os princípios encontram-se positivados nos textos constitucionais, passando à “esfera decisória dos arestos, até constituírem com estes a jurisprudência *princípial*”, a qual tem “feito a força dos princípios e o prestígio de sua normatividade - traço coetâneo de um novo Estado de Direito cuja base assenta já na materialidade e preeminência dos princípios”⁹³.

Para Ivo Dantas, a questão que se coloca ao operador é de como concretizar a

⁸⁹ CANOTILHO, 1993, p. 203. O Professor de Coimbra esclarece: “Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação de normas andam pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a conseqüente aplicação a um caso concreto”.

⁹⁰ CANOTILHO, 1993. Idem. “Os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais. A sua concretização é feita também por várias *regras constitucionais*, qualquer que seja a sua natureza”. P. 181/182.

⁹¹ CANOTILHO, 1993. Idem., p. 191.

⁹² ESPÍNDOLA, 2002, p. 183/184. Para Canotilho, “os princípios estruturantes possuem, em geral, duas dimensões: "(1) uma *dimensão constitutiva*, dado que os princípios, eles mesmos, na sua 'fundamental idade princípial' exprimem, indiciam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional; (2) uma *dimensão declarativa*, pois estes princípios assumem, muitas vezes, a natureza de 'superconceitos', de 'vocábulos designantes', utilizados para exprimir a soma de outros' subprincípios' e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas". CANOTILHO, 1993. Loc. cit. p. 345.

⁹³ BONAVIDES, 1998, p. 260.

Constituição - “a concretização constitucional, traduz-se no processo de densificação de regras e princípios constitucionais”. Em outras palavras a concretização das normas constitucionais sugere “um processo que vai do texto da norma [no seu enunciado] para uma norma concreta - norma jurídica”, que, por sua vez, será um “resultado intermediário em direção à norma decisão (resultado final da concretização)”⁹⁴.

Observa-se, que essa posição prescinde de “uma imperatividade manifesta da norma constitucional”, que, se é que se pode assim dizer, resultará “do processo concretizador que a retirará do plano da normatividade mediata para o da normatividade imediata”, resultando que a “norma constitucional já não será mais mero enunciado lingüístico-normativo, mas sim norma jurídica concreta, regulatória de um caso real”⁹⁵.⁹⁶

Nos termos em que Gomes Canotilho coloca a normatividade mediata e concreta dos princípios, conclui-se que o princípio constitucional, enquanto “regra geral e abstrata” estabelecida, passará da normatividade mediata (assento positivo na Constituição) à “normatividade concreta, quando o processo concretizador a transformar em *norma de decisão*”⁹⁷. Veja-se:

Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a ‘medida de ordenação’ nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma *normatividade actual e imediata*

⁹⁴ DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004. P. 59.

⁹⁵ ESPÍNDOLA, 2002, p. 202.

⁹⁶ CANOTILHO, 1993, p. 223/224. “Se a norma jurídica só adquire verdadeira normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável a casos concretos, concluiu-se que cabe ao agente ou agentes do processo de concretização um papel fundamental, porque são eles que, no fim do processo, colocam a norma em contacto com a realidade. No específico plano da concretização normativo-constitucional, a mediação metódica da normatividade pelos sujeitos concretizadores assume uma das suas manifestações mais relevantes. Em face do carácter aberto, indeterminado e polissêmico das normas constitucionais, torna-se necessário que, a diferentes níveis de realização ou de concretização — legislativo, judicial, administrativo —, se aproxime a norma constitucional da realidade”.

⁹⁷ CANOTILHO, 1993. Idem, p. 223.

através da sua 'passagem' a *norma de decisão* que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa.⁹⁸

Pode-se aludir que autores brasileiros, como Luís Barroso, Ivo Dantas, Ruy Espíndola, Virgílio Afonso da Silva⁹⁹, entre outros, estão em consonância com o pensamento de José Canotilho, ou seja, consideram que existem princípios constitucionais que se desdobram através de subprincípios. Melhor dizendo, “existem princípios normativamente mais abstratos que se radicam e se especificam através de princípios mais concretos, dando à Constituição uma estruturação sistêmico-princípioalista”¹⁰⁰.

Destarte, tendo procedido-se a uma breve apreciação do tópico dos princípios como coração das constituições contemporâneas, visualizando-se a sua força normativa, densidade e concretização, passa-se a organizar alguns elementos teóricos e filosófico do novo direito constitucional, na seqüência deste trabalho.

1.2.3 Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro

A proposta de estudo do presente item é traçar algumas reflexões teóricas acerca de uma evolução conceitual do direito constitucional; afinal, Direito não é matéria inerte, mas tecido vivo e em constante mutação, tal qual o corpo social ao qual deve se amoldar. Revisita-se, assim, a chamada pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, os quais refletiram na formação do constitucionalismo contemporâneo brasileiro.

Segundo Luís Barroso, o Direito é “uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social”¹⁰¹.

⁹⁸ CANOTILHO, 1993, p. 223.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. ESPÍNDOLA, 2002. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. Passim.

¹⁰⁰ ESPÍNDOLA, 2002, p. 233.

¹⁰¹ BARROSO, 2003, p. 12

O Estado moderno surge no século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e fundado no direito divino dos reis. Na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria prima das revoluções francesa e americana. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com *status* e ambição de ciência¹⁰².

No positivismo, a lei é “vista como expressão superior da razão”, possuindo, o “direito na perspectiva clássica”, para Luiz Barroso, as seguintes características: “caráter científico, pretensão de completude, emprego da lógica formal, pureza científica, racionalidade da lei e neutralidade do intérprete”. Complementando, que dogmática positivista o “Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade”¹⁰³.

Por sua vez o caminho constitucional trilhado pelos Princípios até o patamar de força inconcussa, alcançado com o advento da doutrina jusfilosófica usualmente denominada de Pós-positivismo, é longo, passando pelas fases do Jusnaturalismo e do Positivismo Jurídico, evolução merecedora de conferência, senão vejamos.

A idéia de um Direito Natural encontra raízes na Grécia Clássica, resistindo à Idade Média e se desenvolvendo e difundindo arduamente entre os Séculos XVII e XVIII. O Jusnaturalismo¹⁰⁴ reconhece a existência de um sistema de normas de conduta diversa daquele ditado pelo Estado, as quais compõem um Direito Natural, metafísico, extra-histórico, eterno e imutável, que encontra em si mesmo seu fundamento de validade, posto que anterior e superior ao Direito Positivo¹⁰⁵. Nesta etapa de desenvolvimento do pensamento jusfilosófico, os princípios são tidos em alto grau de abstração, refletindo postulados éticos de justiça, fundamentados tanto

¹⁰² BARROSO, 2003, p. 12

¹⁰³ BARROSO, 2003, p. 12 - 13

¹⁰⁴ BARROSO, 2003. Idem., p. 18/19. Assim Luís Barroso identifica o Jusnaturalismo: “O termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um *direito natural*. Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença contrapõe-se a outra corrente filosófica de influência marcante, o positivismo jurídico...”

¹⁰⁵ FASSÓ, Guido. Jusnaturalismo. IN: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: Unb, 2000. p. 655-656, passim.

na razão humana quanto na lei divina e sua normatividade é “basicamente nula e duvidosa”¹⁰⁶.

Com a promulgação dos primeiros códigos da era moderna¹⁰⁷, em “busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos”¹⁰⁸, inicia-se um movimento de transposição do direito racional para os textos legais.

Tem-se então o Positivismo jurídico¹⁰⁹. O estreito vínculo que surge entre Direito e lei assinala a busca por referências sólidas, intangíveis, que caracteriza as sociedades modernas¹¹⁰ do Século XIX¹¹¹. O movimento pela codificação, com a elaboração de corpos legislativos herméticos, oferece resposta a semelhantes anseios, disponibilizando fontes sistematizadas de onde se esperava poder retirar, em cada hipótese, solução para todo e qualquer conflito. Salienta Paulo Bonavides que o juspositivismo, “ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”¹¹²

¹⁰⁶ BONAVIDES, 1998. p. 232.

¹⁰⁷ BARROSO, 2003, p. 19. Para Luís Barroso: “O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humanas, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII”. Para Pezzella, dá-se o início do modernismo: “Na perspectiva jurídica, o moderno inicia quando se alteram duas ligações: a do Estado com o direito e a do indivíduo com o direito. Advirta-se que o indivíduo é um indivíduo novo, liberado da opressão da comunidade, sobretudo tendo-se em conta, liberado da primeira, maior, mais sublime, mas também mais opressiva comunidade que é a Igreja Romana”. IN: PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código Civil em perspectiva histórica. IN *O Novo Código Civil e a Constituição*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. P. 39.

¹⁰⁸ BARROSO, 2003. Idem, p. 21

¹⁰⁹ O ideário do Positivismo Jurídico rejeitava qualquer referência a justiça – no plano do Direito – e qualquer menção a valores – no campo filosófico – reduzindo-se ambos a ciências objetivas e impessoais.

¹¹⁰ Tanto BARRACLOUGH, quanto HOBBSAWM sinalizam as duas últimas décadas do século XIX como um período crucial, que marca o fim da Idade Moderna. A fundamental divergência entre estes autores situa-se na consideração do princípio continuidade/descontinuidade. Ver: BARRACLOUGH, Geoffrey. *Introdução à História Contemporânea*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976. HOBBSAWM, Eric J. *A era dos Impérios 1875-1914*. 2ª ed São Paulo: Paz e Terra, 1989.

¹¹¹ BARROSO, 2003, p. 21 a 23. “O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação [...], representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX”.

¹¹² BONAVIDES, 1998, p. 236.

Convém lembrar, fazendo-se um parêntese, que o “discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases”: “(...) a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neo-liberal)”¹¹³.

“A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”¹¹⁴- o pós-positivismo, o qual se inaugura com a

hegemonia axiológico normativa dos princípios, que agora positivados nos novos textos constitucionais, assentam os principais padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica aos fundamentais de estalão constitucional; aos princípios que dão fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico¹¹⁵.

Durante séculos, a concepção do papel da Constituição (aquisição da modernidade), se concentrava no caráter monolítico de sua atuação numa ordem política específica, incorporando os ideais de convivência dos grupos humanos reunidos num país. Nela se reproduziam as heranças mais caras de um povo que possibilitava a convivência humana regulamentada pela lei. A Constituição passou assim a representar uma ordem substantiva que regrava todas as dimensões processuais.

Como Gomes Canotilho, poder-se-ia repetir: “à nossa volta tudo mudou”¹¹⁶. Dessas palavras abstrai-se as mudanças ocorridas no tecido social como supedâneo para os novos paradigmas que construíram o Constitucionalismo contemporâneo, com os mesmos problemas, mas “num contexto e espaço discursivos completamente outros”¹¹⁷.

¹¹³ BARROSO, 2003, p. 05. Ainda: “A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa”.

¹¹⁴ BARROSO, 2003. Idem, p. 27. Para Luiz Barroso o “*pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais”.

¹¹⁵ ESPÍNDOLA, 2002, p. 64

¹¹⁶ CANOTILHO, 1993, p. 11

¹¹⁷ CANOTILHO, 1993, Idem, p. 11. Interessante leitura para uma visão crítica dos problemas que cercam o Direito Constitucional hodierno encontra-se no Capítulo “Modos Transitivos: Os Paradigmas

Em termos interrogativos: qual o *instrumentarium*, o *corpus* teórico e o *discurso* dos juspublicistas para captarem as transformações e deslocções do "espaço político" nestes últimos vinte anos? E com que "espírito", com que "alma", com que "fé", com que "pré-compreensão", eles enfrentam os desafios de uma época que se pretende não já *moderna*, mas, sim *pós-moderna*? Terão chegado também ao campo do direito público, e, sobretudo, ao direito constitucional, novos "paradigmas", novas "modas" e novos "saberes"? [...] salientar-se-á que as inquietações de um jurista constitucional obrigam a uma *abertura* aos *novos motes* do direito e da política e à *disputabilidade intersubjectiva* desses novos motes. Em crise estão muitos dos "vocábulos designantes"- "Constituição", "Estado", "Lei", "Democracia", "Direitos Humanos", "Soberania", *Direito Constitucional*, "Nação" - que acompanharam, desde o início, a viagem do constitucionalismo¹¹⁸.

É consabido que a linearidade e o geometrismo avultam a herança que se recebeu da ciência do século XIX, onde ainda perqueria-se as regularidades, leis, permanências, a estabilidade da ordem na fragmentação do cotidiano. Mas a própria lógica e matemática, arautos da harmonia e padrão de estabilidade, transmudam-se em instrumentos de uma incerteza criativa, trazendo entre tantos outros novos paradigmas, a descontinuidade produzida pelo fenômeno dos *quanta*¹¹⁹. Como um novo voo à ascensão do relativismo, outra das características da ciência do século XIX, contrapõe anti-dogmas aos dogmas daquilo que era considerado metafísico, a verdade positivista, uma radicalização da *alétheia* grega (a verdade racional, a verdade demonstrada), visualiza que a verdade não está nos fenômenos, mas naquilo que dizemos sobre os fenômenos, vale dizer que ela é atributo de sentença.

Nas décadas de 70 e 80 do século XX, sob a "designação genérica de teoria crítica do direito, abrigou-se um conjunto de movimentos e de idéias" que questionava o "saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude"¹²⁰.

da Modernidade e da Pós-Modernidade no âmbito do Direito Constitucional e da Ciência Política". P. 09 a 21.

¹¹⁸ CANOTILHO, 1993, p. 11/12

¹¹⁹ Neste sentido, é intrigante a leitura da obra de TELLES JUNIOR, Goffredo. *Direito Quântico – Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo: Editora Joarez de oliveira, 2003. 7ª ed.

¹²⁰ BARROSO, 2003, p. 14/15. "Uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da bênção estatal, da positivação, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei. A teoria crítica resiste, também, à idéia de completude, de auto-suficiência e de *pureza*, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos. O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito). A interdisciplinariedade, que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive os menos óbvios, como a psicanálise ou a lingüística – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico".

No Brasil, a teoria crítica do direito compartilhou dos mesmos fundamentos filosóficos que a inspiraram em sua matriz europeia, tendo se manifestado em diferentes vertentes de pensamento: epistemológico, sociológico, semiológico, psicanalítico e teoria crítica da sociedade. Todas elas tinham como ponto comum a denúncia do Direito como instância de poder e instrumento de dominação de classe, enfatizando o papel da ideologia na ocultação e legitimação dessas relações. O pensamento crítico no país alçou vôos de qualidade e prestou inestimável contribuição científica¹²¹.

Neste viés, com um olhar no arcabouço jurídico tradicional, ainda no pórtico do terceiro milênio, cabe perquirir qual foi o legado da modernidade. Um legado de seu próprio exaurimento. Destaque-se, que a crise que se abateu sobre a estrutura jurídica tradicional está perfeitamente em sintonia com o esgotamento e as mudanças, que atravessam os modelos vigentes nas ciências humanas.

Adverte-se, que as verdades metafísicas e racionais que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes, não mais mediatizam as inquietações e as necessidades do presente estágio da chamada “pós-modernidade”¹²². Os modelos culturais, normativos e instrumentais que justificaram o mundo da vida, são ineficazes e não atendem mais ao universo complexo¹²³ e dinâmico das atuais sociedades, que passam por novas formas de produção de capital, por profundas contradições sociais e por instabilidades, no dizer de Claude

¹²¹ BARROSO, 2003, p. 16

¹²² A pós-modernidade na lição de Pérez Luño: *“la posmodernidad constituye un marco convencional de referencia a la irrupción de un conjunto de signos que entrañan una ruptura respecto a los valores culturales de la modernidad. En el ámbito jurídico, moral y político se repiten con asiduidad las tesis de quienes propugnan abolir los grandes valores ilustrados: racionalidad, universalidad, cosmopolitismo, igualdad, que consideran caducos, y propugnar reemplazarlos por una exaltación – muchas veces simplificadora y acrítica – de la diferencia, la diseminación, la deconstrucción, así como la vuela a un nacionalismo tribal y excluyente. Las normas jurídicas generales y abstractas, corolario de exigencias éticas universales, están siendo hoy cuestionadas en nombre de las preferencias particularistas fragmentarias; la propia legitimación ética del Derecho y de la Política, basada en principios consensuales universalizables, se considera un ideal vacío y sospechoso. ... Esamos asistiendo, en definitiva, a un nuveno asalto a la teoría postuladora de la integración de la Moral, la Política y el Derecho, en la medida en que dicha teoría formaba parte del aparato legitimador de los Estados de Derecho”*. IN: PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos y Constitucionalismo en el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. p. 13

¹²³ Quanto a complexidade do direito, leia-se IN: BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Do Direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1996. P. 150/151. “É inafastável, contudo, que pensemos a realidade do Direito como uma convivência complexa entre interesses individuais, coletivos e difusos. [...] Seus atores são distintos, suas implicações diferentes, seus mecanismos de resolução também. Além disso, o conteúdo dos mesmos diz respeito a situações envolvendo temas inéditos que impõem conhecimentos novos e abrangentes, exigindo posturas multidisciplinares”.

Lefort ocorre é o término dos “marcos de referência da certeza”¹²⁴, que refletem crises de legitimidade e crises na produção e aplicação da justiça¹²⁵.

Naturalmente nenhuma doutrina encontrável na história do pensamento se circunscreve com rigidez no tempo e no espaço, havendo tendências predominantes e não constatações terminais¹²⁶. É nessa proporção que se deve entender o abandono da concepção do Direito ancorado em fundamentos absolutos, substituída por uma concepção não-fundacional.

Como consectário, face ser o pluralismo “uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas”¹²⁷, o constitucionalismo passa a ter uma “dimensão comunitária”, ao adotar a concepção de Constituição como “ordem concreta de valores”, destarte, os “valores compartilhados por uma comunidade política” devem estar conectados a “ordenação jurídica fundamental e suprema representada pela constituição federal”¹²⁸.

O direito brasileiro demonstra a necessidade de superação das dificuldades advindas com as transformações resultantes do esgotamento da modernidade¹²⁹, grande parte por força das crescentes pressões pela construção de um modelo mais atento à satisfação dos anseios da sociedade, instituindo uma nova era na cultura sócio-político-jurídica, realizadora de mudanças no Direito Constitucional refletidas

¹²⁴ LEFORT, Claude. *Pensando o político. Ensaios sobre a democracia, revolução e liberdade*. Trad. Eliana M. Souza. São Paulo: Editora Guerra e Paz, 1991. p. 50.

¹²⁵ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. “Pluralismo Jurídico, Movimentos Sociais e Práticas Alternativas”. In: *El Otro Derecho*. Bogotá: Ilsa, nº 7, enero de 1991. p. 32.

¹²⁶ TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p.143. “Se há algo, com efeito, que caracteriza o pensamento jurídico contemporâneo é a luta contra todas as modalidades de ‘formalismo’, pelo reconhecimento de que a plena compreensão do Direito só é possível de maneira concreta e dinâmica, como dimensão que é da vida humana”.

¹²⁷ CITTADINO, Gisele. Pluralismo. *Direito e Justiça Distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 1.

¹²⁸ CITTADINO, Gisele, 2004. *Ibidem*, p. 11, *passim*.

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.P. 23-24. “No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. Para Lenio Streck, “o que houve (há) é um *simulacro de modernidade*. Como muito bem assinala Eric Hobsbawn, o Brasil é “um monumento à negligência social”, ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. Só *que existe um Imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as Instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno*”.

diretamente no Direito Privado, respaldando-se nos princípios constitucionais, como arcabouço da cidadania e dignidade humana – Estado Democrático de Direito.

Este paradigma, humanista e socializante, vem avultando desde a segunda metade do Século XX, servindo de premissa ao Direito atual, reconhecendo-se, entre suas tantas finalidades, a de realizar os princípios de justiça e dignidade humana, aos quais é dado orientá-lo, de sua base constitucional até seus ramos mais especializados, que visam a legitimar a definitiva consagração da Constituição, como o primado do Direito formador da arquitetura axiológica sobre o qual se funda a sociedade.

Revisitando-se alguns dos antecedentes teóricos e filosóficos do direito constitucional brasileiro é possível compendiar de forma sumária a lógica adotada nessa parte do trabalho:

Sob a alegoria da objetividade do Direito e o da neutralidade do intérprete, a dogmática jurídica tradicional desenvolveu-se, mas incumbiu-se a teoria crítica de “desfazer muitas das ilusões positivistas do Direito”. Após a etapa da “desconstrução, a perspectiva crítica veio associar-se à boa doutrina para dar ao Direito uma dimensão transformadora e emancipatória, mas sem desprezo às potencialidades da legalidade democrática”¹³⁰.

Já o “pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista”. Como baliza traz a “ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais”. O constitucionalismo brasileiro encontra o “pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses” como componentes dessa “reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro”¹³¹.

O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b)

¹³⁰ BARROSO, 2003, p. 46/47

¹³¹ BARROSO, 2003. Idem., p. 47

o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de *filtragem constitucional* de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição¹³².

Pode-se afirmar que essas transformações redefiniram a posição da Constituição na ordem jurídica brasileira. A Constituição ganha um papel mais amplo como elemento de integração e de unidade – agregadora dos diferentes grupos sociais, num sentido inverso da ordem política liberal. O texto constitucional dá guarida a novos valores, abarcados por uma programaticidade depende de políticas públicas, até porque a idéia de direito social não rompe com o papel exercido pela Constituição, ao contrário, limita o processo discursivo, tanto em relação à legislação como no tocante às decisões públicas, a partir de um processo constitucional interpretativo¹³³.

“A ascensão científica e política do direito constitucional brasileiro é contemporânea da reconstitucionalização do país com a Carta de 1988, em uma intensa relação de causa e efeito”¹³⁴. Segundo Lenio Streck, o ordenamento constitucional brasileiro aponta.

para um *Estado forte, intervencionista e regulador*, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera, pois, sua especificidade. No Estado Democrático de Direito, ocorre a secularização do Direito. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade - até porque temos uma Constituição democrática - *deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas*.¹³⁵

Afinal o direito constitucional brasileiro, chega a pós-modernidade (e ao pós-positivismo), alicerçado em um constitucionalismo democrático, com o recrudescimento da idéia dos Direitos Fundamentais e da Dignidade da Pessoa Humana, incorporando de vez a Constituição, uma função eminentemente principiológica. Como articula Paulo Bonavides, “os princípios são o oxigênio das

¹³² BARROSO, 2003, p. 47 Para Luís Barroso o “aprofundamento democrático no Brasil está subordinado ao resgate de valores éticos, ao exercício da cidadania e a um projeto generoso e inclusivo de país”.

¹³³ Neste sentido leia-se: HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*. Trad. de Luiz afonso Reck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 61.

¹³⁴ BARROSO, 2003, p. 43

¹³⁵ STRECK, 1999, p. 25

Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa"¹³⁶.

A inscrição dos Princípios de Direito no patamar atualmente por eles ocupado deu ensejo ao recrudescimento de várias discussões que encontram sua conceituação, diferenciação, fundamentos da dogmática principialista. Sempre tendo em mira a profunda renovação que a atual dogmática pautada na valorização dos princípios promoveu na teoria jurídica, redefinindo as noções vigentes acerca das fontes do Direito e de sua estrutura normativa, cumpre a devida atenção à ascensão dos princípios constitucionais.

1.3 Ascensão dos princípios constitucionais

O volumoso índice de questões suscitadas ao realizar-se uma reflexão acerca dos princípios é revelador da importância do assunto e das múltiplas dimensões que o mesmo comporta. Como bem assevera Paulo Bonavides, "sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo"¹³⁷, e complementa Eros Grau citando Jean Boulanger, para afirmar que "os princípios haurem parte de sua majestade no mistério que os envolve"¹³⁸.

Torna-se imprescindível dissipar a área gris que envolva os princípios, sendo a discussão sobre regras e princípios constitucionais necessária para a compreensão das grandes questões do direito constitucional contemporâneo¹³⁹. Afinal a

¹³⁶ BONAVIDES, 1998, p. 259

¹³⁷ BONAVIDES, 1998, p. 231

¹³⁸ "*Les principes empruntent une partie de leur majesté au mystère qui les entoure*". Apud GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 21 edição, 1991, p. 92. Neste sentido complementa Tereza Negreiros: "Com efeito além da polissemia de que é impregnada a aplicação do termo "princípio" pelo discurso jurídico - ou quem sabe sobretudo por isso -, o mistério em torno da matéria parece dever-se também ao fato de uma tal reflexão admitir pontos de vista variados, raramente explicitados". IN: NEGREIROS, Tereza Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para a interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 91

¹³⁹ Na linha de seus aportes, são significativos os seguintes trabalhos: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais.*, 2002; Op. Cit. RHOTENBURG, 1999,; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003,; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 1997. Op. Cit.; para aprofundamento temático, em texto clássico, ver

“complexidade e a largueza das questões relativas à problemática dos princípios constitucionais e sua conceituação”, percebe-se além do “esforço teórico e dogmático no desiderato de estabelecer a normatividade dos princípios constitucionais, enquanto conceito e norma de direito”. Assim, conclui-se que “para extrair-se da idéia de princípios constitucionais toda a sua *normatividade mediata e normatividade concreta*”, prescinde de uma edificação “teórico-dogmática constitucionalmente adequada”, que dê elucidação aos “elementos normativo-categoriais de uma Constituição positiva, concreta, temporal e espacialmente situada”¹⁴⁰.

No caso do estudo que se segue, o exame dos princípios percorrerá um caminho de reflexão que visa à sua conceituação, conjuntamente à do sistema jurídico, com destaque a diferenciação entre regras e princípios. Toma-se emprestadas as palavras de Eros Grau: “Desejo insistir afirmando a importância dos *princípios*: as possibilidades de realização de justiça material hão de residir - ou não residir - no próprio direito, em seus princípios;[...]”¹⁴¹ Neste traçado vislumbrar-se-á, ainda, a teoria dos princípios, a dogmática principialista estruturante, como aporte à uma hermenêutica principiológica.

1.3.1 Princípios como fundamento do sistema jurídico e princípios constitucionais

Em vãos a patamares cada vez mais elevados na direção ao reconhecimento e consagração na Teoria do Direito, o papel desempenhado pelos Princípios Gerais do Direito¹⁴², configura-se como fonte normativa estruturante do ordenamento jurídico.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* [*Theorie der Grundrechte*]. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, especialmente p. 81-172; CANOTILHO, 1993 *Direito Constitucional*,

¹⁴⁰ ESPÍNDOLA, 2002, p. 192.

¹⁴¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. “Assim, entre as alternativas que temos diante de nós – *jurisprudência de valores* ou *jurisprudência de princípios* -. não me parece restar opção senão pela segunda”.

¹⁴² BONAVIDES, 1998, p. 245. Os princípios gerais a que nos reportamos correspondem, nas lições de Paulo Bonavides, “em sentido e substância, aos “princípios constitucionais” e às “disposições de princípio”, da terminologia mais em voga entre os Mestres do Direito Público contemporâneo. Têm estes últimos se preocupado, sobretudo, em estabelecer os limites de eficácia de tais normas, cujo excesso de generalidade as insere, segundo certos juristas, numa categoria especial, isto é, num tipo à parte, sem que isso invalide, em absoluto, o título de normatividade que já lhes foi outorgado pela doutrina dominante”.

Um dos elementos que melhor permite embasar esta assertiva, encontra-se no processo de inserção dos Princípios Gerais de Direito nos textos constitucionais, o que se mostra crucial para que adquiram “força positiva incontrastável, perdendo, desde já, grande parte daquela clássica e alegada indeterminação, habitualmente invocada para retirar-lhes o sentido normativo de cláusulas operacionais.”¹⁴³

Para tanto, inicia-se fazendo breve abordagem acerca da conceituação de princípios, da natureza e características dos princípios constitucionais, bem como questões prévias em torno do conceito de princípio como norma constitucional.

A palavra princípio¹⁴⁴ para o direito constitucional brasileiro, quando esculpida dentro do contexto princípios fundamentais, diz respeito ao início de todo sistema jurídico, pois trata-se da base em que o mesmo se sustenta e desenvolve.

Paulo Bonavides ensina, que os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.¹⁴⁵ Que os princípios tratam-se de uma “fonte material básica e primária, com ascendência hierárquica sobre a lei e o costume”, possuindo, ainda, “virtualidade para matizá-los, com força

¹⁴³ BONAVIDES, 1998, p. 259.

¹⁴⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda. *Novo dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1996, 2º ed, 17º impressão, revista e atualizada. P. 1393. A título de curiosidade, ao pensar no significado da palavra princípios, verifica-se no dicionário Aurélio a terminologia utilizada, dentre outras formas, como "Começo; Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado". Depreende-se desta definição que a palavra princípio exprime a idéia de início, onde tudo se começa. HOUAISS. *Dicionário da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Já Houaiss apresenta diferentes significados para a palavra “princípio”, a qual foi inserida na língua portuguesa no século XIV da Era Cristã, quer dizer o “primeiro momento da existência de algo ou de uma ação; começo, início. Princípio também é o que serve de base a alguma coisa; é a causa primeira, raiz ou razão”, bem como, ditame moral, regra, lei ou preceito. Por fim, entre vários significados, extrai-se que “princípio é proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos”

¹⁴⁵ BONAVIDES, 1998, p. 230. “Seis são os conceitos de princípios e todos encontram-se vinculados a disposições normativas, sendo que no primeiro o vocábulo princípio se refere a normas [...] providas de um alto grau de generalidade; no segundo o vocábulo se refere a norma [...] providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos; no terceiro o vocábulo é utilizado para referir-se a normas [...] de caráter 'programático'; no quarto conceito o vocábulo é utilizado para referir-se a normas [...] cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada; no quinto o vocábulo é utilizado para designar normas [...] que desempenham uma função 'importante' e 'fundamental' no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto; e por fim o sexto conceito de princípio seria aquele utilizado para designar normas [...] dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos”.

para gerá-los, com potencialidade para invalidá-los”, terminam por se “converter, sem sombra de dúvida, numa ‘superfonte’, porquanto, refere ainda, ‘podem ser fonte das mesmas fontes’.”¹⁴⁶

Por sua vez, Afonso da Silva assenta os princípios como ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, “são como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira ‘núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais’”. Mas, como disseram os mesmos autores, os princípios, que “começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”.¹⁴⁷

Princípios, para Ivo Dantas, “são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal”, mas se pode olvidar que, “antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade.”¹⁴⁸ ¹⁴⁹ Já, na compreensão de Peces Barba, os “princípios jurídicos são na sua essência fundamentais, pois, ponto de partida de interpretação e elaboração de todo ordenamento jurídico”¹⁵⁰. Já, na colação de Bandeira de Mello, princípio jurídico é,

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dê sentido harmônico¹⁵¹.

¹⁴⁶ BONAVIDES, 1998, p. 259.

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996. 45

¹⁴⁸ DANTAS, 1995, p. 59.

¹⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento*, São Paulo: Ed. Ltr, 1991, Vol. I, pp. 73-74. “...os juristas empregam o termo ‘princípio’ em três sentidos de alcance diferente. Num primeiro, seriam ‘supernormas’, ou seja, normas [...] que exprimem valores e que por isso, são ponto de referência, modelo, para regras que as desdobram. No segundo, seriam *standards*, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas - ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma ‘abstração por indução’”.

¹⁵⁰ PECES BARBA, Gregório. *Los Valores Superiores*. Madrid: Tecnos, 1986.

¹⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1994. P. 450

Assim, o princípio “exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito”¹⁵². Neste crivo, parece que os princípios constitucionais, outros não são que “os ‘velhos conhecidos’ princípios gerais de Direito (de um determinado direito, historicamente situado), agora dignamente formulados através das supostamente mais altas do ordenamento jurídico”¹⁵³.

Segundo Luís Barroso, os princípios constitucionais são “o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”. Complementando, sumariamente: “os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.”^{154 155}

Tendo, os princípios, suas propriedades, “diferenciando-se por sua natureza (qualitativamente)” dos demais preceitos jurídicos, a distinção firma-se em face deles constituírem “*expressão primeira dos valores fundamentais* expressos pelo ordenamento jurídico, *informando materialmente* as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio)”¹⁵⁶.

Robert Alexy atribui aos “conceitos básicos jusfundamentais materiais, os de dignidade, liberdade e igualdade”, a incorporação à Constituição e, assim, ao direito positivo, os princípios mais importantes do direito racional moderno”¹⁵⁷.

Refere-se, Gomes Canotilho, que os princípios possuem “um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema

¹⁵² BONAVIDES, 1998, p. 259

¹⁵³ ROTHENBURG, 1999, p. 15

¹⁵⁴ BARROSO, 1999, p. 147.

¹⁵⁵ BARROSO. BARCELLOS, 2003, p. 358. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos Princípios no Direito brasileiro. IN BARROSO, Luís Roberto. (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. O emprego do termo *princípio*, nesse contexto, prende-se à proeminência e à precedência desses mandamentos dirigidos ao interprete, e não propriamente a seu conteúdo, à sua estrutura ou à sua aplicação mediante ponderação. Os *princípios instrumentais* de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do interprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência.

¹⁵⁶ ROTHENBURG, 1999, p. 16

¹⁵⁷ ALEXY, 1993 (Reimp. 2002), p. 525

das fontes”, bem como à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico. Possuindo um “grau de abstracção relativamente elevado” e na aplicação do caso concreto, os princípios, “por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras”.¹⁵⁸

Sendo os princípios normas “jurídicas impositivas de uma *optimização*”¹⁵⁹, são compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos”, desta forma os princípios coexistem. Em consequência, os princípios, ao “constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (...), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes”¹⁶⁰.

Torna-se cogente mencionar que os princípios, “por seu natural aspecto vago e genérico”, proporcionam “problema à concretização em face de situações concretas”¹⁶¹. Carmem Rocha indica como vantagem dos princípios justamente a imprecisão:

A indeterminação dos conceitos havidos nas normas que expressam princípios, permite que estes sejam interpretados segundo o momento histórico e sua ambiência em dado local e segundo a disposição ideológica do povo pelo qual é aceito e assumido juridicamente. Assim, a não determinação dos conceitos pelos quais se apresentam os princípios constitucionais permitem a construção e a atualização do Direito, pela determinação permanente e engessada dos conteúdos nele inseridos quando da aplicação da(s) norma(s) na(s) qual(is) eles se apresentam.¹⁶²

Ultima-se ao dizer que os princípios são indispensáveis ao desenvolvimento da ordem jurídica positiva, pois, “contêm em estado de virtualidade grande número das soluções que a prática exige,”¹⁶³ agasalhando “os principais valores e ‘imantar’ todo o sistema normativo de modo suficientemente elástico”¹⁶⁴.

¹⁵⁸ CANOTILHO, 1993, p. 166

¹⁵⁹ CANOTILHO, 1993. Idem, p. 166. Por sua vez Robert Alexy também refere que: “...*los principios são mandatos de optimización*”. In: ALEXY, 1993 (Reimp. 2002), p. 85

¹⁶⁰ CANOTILHO, 1993. Idem, p. 167

¹⁶¹ ROTHENBURG, 1999, p. 25

¹⁶² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. P. 36

¹⁶³ BONAVIDES, 1998, p. 240

¹⁶⁴ ROTHENBURG, 1999, p. 26

Destarte, o diploma constitucional sobreviverá ao desenrolar do processo histórico apenas se contiver, em seu cerne, as sementes das mudanças, sendo que estas alojam-se precisamente na estrutura aberta dos princípios, capazes de, muitas vezes, recepcionar as mudanças ocorridas no seio da Sociedade, sem que isto importe numa contínua modificação do texto constitucional.

Assevera-se, que os princípios constitucionais fundamentais¹⁶⁵ integram o Direito Constitucional positivo, apresentando-se sob a forma de normas fundamentais que coordenam as valorações políticas do legislador. Pode-se dizer que é o conjunto de normas oriundas de decisões sócio-políticas, que o constituinte colocou no ponto mais alto da escala normativa, a Constituição e por conseguinte erigiu as normas supremas do ordenamento jurídico.

Além da polissemia de que é impregnada a aplicação e conceituação do termo 'princípio' pelo discurso jurídico, também destaca-se a normatividade jurídica posta ao alcance dos princípios pela dogmática moderna, sendo pertinente a este âmbito do trabalho passar-se a uma reflexão sobre a configuração dos princípios como normas, visualizando-se sua diferenciação das regras no tecido jurídico.

1.3.2 Princípio como Norma Jurídica

Convém salientar que não se pretende, neste trabalho, traçar uma linha teórico-doutrinária de distinção entre regras e princípios, mas, mesmo que indelével faz-se premente o desenvolvimento dessa distinção, como base de solidez a compreensão dos princípios no contexto de norma jurídica.

É de total sapiência que os princípios, assim como as regras, são normas jurídicas; porém os princípios exercem, dentro do sistema normativo, um papel diferente do das regras, haja vista, serem normas generalíssimas dentro do sistema. Por sua vez as regras possuem a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas.

¹⁶⁵ CANOTILHO, 1993, p. 171. Para Gomes Canotilho: "Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo".

No entanto, conforme aduz Walter Rothenburg, baseando-se no pensamento de Robert Alexy e Ricardo Lorenzetti, que tanto as regras como os princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das “expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente”. Concluindo, “a distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas”¹⁶⁶. Todavia, na concepção de Luís Barroso,¹⁶⁷ “já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio”.

A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.¹⁶⁸

Ressalte-se, que autores como Perez Luño, Pietro Sanchis e García de Enterría¹⁶⁹ incluem os valores, ao lado dos princípios e das regras, como espécies de norma. Porém, por transcender aos limites do presente estudo, tratar-se-á dos valores de forma inclusa como parte componente dos princípios, haja vista, a admirável carga valorativa que eles encerram.

Gomes Canotilho, analisando as linhas do constitucionalismo moderno, aponta para a necessidade de se construir uma “classificação tipológica da estrutura normativa”. Afirma que as “normas constituem um gênero, do qual os princípios e

¹⁶⁶ ROTHENBURG, 1999, p. 16

¹⁶⁷ BARROSO, 1999, p. 147

¹⁶⁸ BARROSO, 1999, *ibidem*.

¹⁶⁹ PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. Antonio. *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 7ª ed., Madrid, 1998. PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990. ENTERRIA, Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1981. *Passim*.

regras são espécies”¹⁷⁰, sendo tarefa complexa proceder a distinção entre regras e princípios, “no âmbito do superconceito norma”.¹⁷¹

Convém trazer à lume a diferenciação entre regras e princípios posta por Ronald Dworkin (de matiz lógica), o qual localiza tal distinção na seara da natureza da orientação que oferecem. “As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os atos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”¹⁷².

Já os Princípios funcionam de maneira diversa. “Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.” Ao contrário, sua função é a de enunciar “[...] uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessita de uma decisão particular”.¹⁷³

Por sua vez, Robert Alexy considera que a distinção entre regra e princípio é antiga e clássica, embora nem sempre rigorosa. Para este autor, “*existe una desconcertante variedad de criterios de distinción. La delimitación con respecto a otras cosas tales como los valores es oscura; la terminología, vacilante*”.¹⁷⁴

¹⁷⁰ CANOTILHO, 1993, P. 1166/1167. Neste sentido leia-se in ROTHENBURG. Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 15: “mister se faz render homenagem ao muito que todos - princípios como regras - têm em comum, é dizer, do caráter normativo de ambos, a fazê-los espécies filiais de um mesmo gênero: a norma jurídica”.

¹⁷¹ CANOTILHO. 1993. idem. Canotilho sugere vários critérios para distinção entre regras e princípios: “a) *Grau de abstracção*: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras [...], enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa. c) *Carácter de fundamentalidade no sistema* das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico [...]. d) *“Proximidade” da idéia de direito*: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (DWORKIN) ou na “idéia de direito” (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. f) *Natureza normogenética*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.” p. 1167.

¹⁷² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

¹⁷³ DWORKIN, 2002. Idem, p. 39.

¹⁷⁴ ALEXY, 1993 (Reimp. 2002), p. 82/83

Nesta linha de pensamento, Robert Alexy sustenta que as regras e os princípios “*son razones de tipo diferente. Los principios son siempre razones prima facie; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, razones definitivas*”.¹⁷⁵ Esclarece, ainda, que os princípios determinam que algo deve ser feito na “*mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas*”. Por tanto, “*no contienen mandatos definitivos sino solo prima facie.*”¹⁷⁶

Em outras palavras, o autor alemão refere-se às regras jurídicas como *mandamentos definitivos*, no que se diferenciam dos princípios, *mandamentos de otimização*. Esta característica permite que os princípios de Direito sejam observados em graus variados, em função do contexto em que são aplicados, diferentemente das regras, que devem ser integralmente aplicadas, uma vez verificadas as premissas delas abstraídas¹⁷⁷.

Mas, como adverte Virgílio da Silva, a principal contribuição de Robert Alexy quanto a distinção entre princípios e regras foi justamente “o desenvolvimento de mandamento de otimização”¹⁷⁸.

*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios são mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (...) En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacers exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.*¹⁷⁹

¹⁷⁵ ALEXY, 1993 (Reimp. 2002), p. 101

¹⁷⁶ ALEXY, 1993 (Reimp. 2002). Idem., p. 99

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de direito Administrativo*. Trad. Luis Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar. n. 217. jul./set., 1999. p. 74-75, passim.

¹⁷⁸ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 32.

¹⁷⁹ ALEXY, 1993 (Reimp. 2002), 85/86. Robert Alexy promove três teses de diferenciação entre regras e princípios com supedâneo ao comportamento das normas: “*La primera reza: todo intento de dividir las normas en dos clases, la de las reglas y la de los principios, es vano debido a la pluralidad realmente existente. Esto se mostraría, por ejemplo, en el hecho de que los criterios propuestos, de los cuales algunos sólo permiten distinciones de grado, son combinables entre sí de la manera que se desee. Así, no habría ninguna dificultad en imaginar una norma que tuviera un alto grado de generalidad pero que no fuera aplicable sin más, que no hubiera sido establecida expresamente, que lleve en la frente su contenido valorativo, presente una estrecha relación con la idea del derecho, tenga gran importancia para el ordenamiento jurídico y encuentre aplicación como fundamento de*

Para Robert Alexy a diferença entre regras e princípios é “qualitativa e não de grau”¹⁸⁰. “Tal distinção entre os conteúdos do dever ser das regras e dos princípios implica também uma importante diferença na forma de aplicá-los, utilizando as figuras do ‘conflito entre regras’ e da ‘colisão entre princípios’ para deixar isso claro”¹⁸¹.¹⁸²

Convém destacar a conceituação e distinção posta por Humberto Ávila sobre princípios e regras, com amparo no imediatismo e pretensão das normas:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹⁸³

Em face dos princípios terem suas propriedades, “diferenciando-se por sua natureza (qualitativamente) dos demais preceitos jurídicos”, a distinção está em que constituem eles “*expressão primeira dos valores fundamentais* expressos pelo

reglas y como criterio para la evaluación de argumentos jurídicos. A ello se agregaría el hecho de que aquello que estos criterios, tomados en sí mismos, separan es, a su vez, de un tipo muy heterogéneo. Por ello, habría que dirigir la atención a las numerosas similitudes y diferencias, analogías y desemejanzas que se encuentran dentro de la clase de las normas, algo que podría ser captado mejor con el concepto wittgensteiniano de parecido de familia que con la división en dos clases. La segunda tesis es sostenida por quien considera que las normas pueden dividirse de una manera relevante en la clase de las reglas y la de los principios pero, señala que esta distinción es sólo de grado. Partidarios de esta tesis son, sobre todo, los numerosos autores que piensan que el grado de generalidad es el criterio decisivo. La tercera tesis dice que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual sino cualitativa. Esta tesis es correcta”.

¹⁸⁰ ALEXY, 1993 (Reimp. 2002), p. 87.

¹⁸¹ AFONSO DA SILVA, 2005, p. 32.

¹⁸² AFONSO DA SILVA, 2005. Idem, p. 29/30. Adverte-se, aqui, com bases na digressão de Afonso da Silva, que a distinção entre regras e princípios, da forma posta por Robert Alexy, “não é sempre compatível com as definições usuais desses conceitos na doutrina brasileira”. Apartir da promulgação da Constituição de 1988, teve ênfase os debates em torno dos princípios jurídicos. A configuração das tipologias de princípios traçadas à luz do novo texto constitucional variava de acordo com o enfoque de cada autor. Elas tinham, no entanto, “um elemento característico: pretendiam distinguir os princípios, segundo sua importância, sua especialidade ou sua matéria. (...) No desenrolar dos anos, algumas teorias desenvolvidas no exterior foram sendo assimiladas ao debate. Apartir de um certo momento passou a ser quase obrigatória a menção da contraposição entre regras e princípios, principalmente na versão desenvolvida por Robert Alexy. Mas a tendência inicial de classificar princípios, segundo critérios materiais, principalmente segundo a sua fundamentabilidade, não cessou. Ao contrário: ambas as tendências passaram a conviver ‘harmoniosamente’” 2005.

¹⁸³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Melhoramentos: 2004. p. 70

ordenamento jurídico, *informando materialmente* as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio)”¹⁸⁴.

Pode-se afirmar que os princípios constitucionais são ao mesmo tempo “direito positivo e guias seguros das atividades interpretativa e judicial. Em outros termos, são fonte de direito (Esser) e idéias-bases de normas jurídicas”¹⁸⁵. Dessarte, do que foi escrito até aqui, acerca dos princípios, em busca de sua normatividade – “a mais alta de todo o sistema”¹⁸⁶, pode-se resumir nas seguintes palavras de Paulo Bonavides:

não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie¹⁸⁷.

A partir destas colocações, é possível concluir, que não apenas os textos normativos ou as normas jurídicas deles extraídas determinarão os elementos a serem privilegiados. Ao intérprete é conferida a atribuição de identificar os elementos próprios de regras e princípios e assegurar sua máxima realização, seu “conteúdo de dever-ser”¹⁸⁸.

(...) os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma.¹⁸⁹

Neste diapasão, infere-se que as regras instituem o dever de adotar um comportamento prescrito objetivando o alcance de fim específico, enquanto que os Princípios objetivam a realização ou preservação de determinado estado de coisas, não necessariamente especificando meios que devam ser observados.

¹⁸⁴ ROTHENBURG, 1999, p. 16

¹⁸⁵ ESPÍDOLA, 2002, p. 173

¹⁸⁶ BONAVIDES, 1998, p. 259

¹⁸⁷ BONAVIDES, 1998. Idem., p. 259

¹⁸⁸ ÁVILA, 2004, p. 44, 46, 55, passim.

¹⁸⁹ ÁVILA, 2004. Idem, p. 55.

Por força da consagração da natureza normativa dos princípios, pela sua inscrição nos textos constitucionais hodiernos, como também, pelo labor dos pensadores da atual jusfilosofia, a dogmática principiológica ganha vulto, propiciando um novo paradigma para a compreensão e interpretação do Direito.

Neste caminho, as constituições, fonte conceitual-normativa suprema, como grandes repositórios da pauta axiológica consagrada nos Princípios de Direito, ostentam a posição central no ordenamento jurídico, de onde dimanam valores humanísticos que estruturam e dão silhueta ao Direito contemporâneo. Como bem coloca Eros Grau, “é a ética dos princípios jurídicos”¹⁹⁰

Diante deste quadro, propõe-se, no próximo trabalho, discutir alguns aspectos da atual Teoria e Dogmática dos Princípios Constitucionais, na qual foram, os princípios, alçados ao patamar de normas jurídicas de espectro amplo e aberto, a partir das quais ergue-se e se orienta o ordenamento jurídico. Os princípios assumem o papel de indicadores das premissas a serem observadas quando da elaboração, interpretação e aplicação das normas, constituindo, desta maneira, a materialização dos paradigmas de um Direito permeado de valores e voltado à realização do ideal de justiça, dentro de uma nova interpretação constitucional.

1.3.3 Construção Principialista do Direito Constitucional na sua nova interpretação

Este item, caminha para o passo final da incursão teórica no tema da nova interpretação constitucional, mais precisamente a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa – supremacia (não é unicamente formal, mas sobretudo material, e, apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados), sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder¹⁹¹, de importância, até mesmo, para compreensão de nossa própria Constituição, como deixou divisar Afonso da Silva¹⁹².

¹⁹⁰ GRAU, 1998, p. 112.

¹⁹¹ BONAVIDES, 1997, p. 259, *passim*.

¹⁹² SILVA, 1996, p. 85

Convém salientar, aqui, que vem sendo utilizado, como suporte teórico deste capítulo - voltado ao estudo dos princípios, além da linha proposta por Robert Alexy, o pensamento de Gomes Canotilho¹⁹³, ante o manancial principialista, no qual os constitucionalistas brasileiros encontram subsídios às suas teorias.

Gomes Canotilho propõe-se a considerar o direito constitucional, através do que se pode chamar de “dogmática principialista estruturante”, ou melhor, uma dogmática alicerçada em princípios visualizados de forma estruturante na ordem jurídica. Tal doutrina do direito constitucional implica na existência de “princípios constitucionalmente estruturantes”.¹⁹⁴ Estes princípios identificam-se com os chamados princípios fundamentais que, de resto, tanto encontram-se em parte específica da Constituição portuguesa como da Constituição brasileira¹⁹⁵.

Essa concepção dogmática abarca os princípios constitucionalmente estruturantes como “princípios concretos, consagrados numa ordem jurídico-constitucional em determinada situação histórica”.¹⁹⁶ Ruy Espíndola, em decorrência, considera a existência de uma negação da possibilidade de um “direito ‘metafísico’, fundado em uma ordem jurídica abstrata, sem supedâneo nas convenções positivas dos homens; rejeita-se um direito reconduzível a uma ordem de valores suprapositiva”.¹⁹⁷

¹⁹³ CANOTILHO, 1993, p. 170. Observa-se que a tese posta por Gomes Canotilho, quando voltado a “... construir o direito constitucional com base numa perspectiva principialista (baseado em princípios)...”, inspira-se em Dworkin e Alexy, com abertura para as concepções sistêmicas e estruturantes - essas baseadas em Luhmann e Friedrich Müller”.

¹⁹⁴ CANOTILHO, 1993. Idem, p. 345. Menciona o Autor: “As obras mais recentes de direito constitucional dedicam um ou mais capítulos ao estudo dos *princípios constitucionalmente estruturantes*. Individualizados e caracterizados de forma muito variada pela doutrina [...] eles designam os princípios constitutivos do «núcleo essencial da constituição», garantindo a esta uma determinada *identidade e estrutura*”.

¹⁹⁵ Leia-se, neste sentido ESPÍNDOLA, 2002, p. 183

¹⁹⁶ CANOTILHO, 1993, p. 345. Para Canotilho, os princípios estruturantes possuem, em geral, duas dimensões: “(1) uma *dimensão constitutiva*, dado que os princípios, eles mesmos, na sua ‘fundamentalidade principial’ exprimem, indiciam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional; (2) uma *dimensão declarativa*, pois estes princípios assumem, muitas vezes, a natureza de ‘superconceitos’, de ‘vocábulos designantes’, utilizados para exprimir a soma de outros ‘subprincípios’ e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas”.

¹⁹⁷ ESPÍNDOLA, 2002, p. 184. Assevera, o Autor: “Quanto à positividade constitucional, ou seja, quanto à consagração desses princípios na ordem jurídico-constitucional positiva e seus efeitos, entende Canotilho que tanto esses princípios estruturantes, como aqueles subprincípios que concretizam suas significações normativas, são juridicamente vinculantes, e não obstante estarem muitas vezes situados em um título específico do texto constitucional, como no caso da Constituição brasileira, ‘não significa que eles só aí venham consagrados, devendo procurar-se no conjunto global normativo da Constituição as revelações e manifestações concretas desses mesmos princípios’.”

Frente a teoria principialista estruturante, defendida por Gomes Canotilho, torna-se crível concluir com bases nas assertivas de Ruy Espíndola, que

esta é uma tendência predominante no Direito Constitucional brasileiro, e, ao que parece, no Direito Constitucional contemporâneo também: falar de princípios em termos estruturantes - dos princípios mais abertos aos mais densos, chegando-se ao patamar normativo das regras, reconduzindo-se, em via de retorno destas, progressiva e sucessivamente, até os princípios mais abstratos (de maior abertura e de menor densidade). Essa concepção reforça, como se pode deduzir, a idéia de normatividade dos princípios constitucionais, ao emprestar-lhe um sentido articulado-estruturante e uma dimensão praxiológico-concretizadora, já que torna mais plausível a compreensão, a interpretação e a aplicação dos princípios de maior abertura pelos princípios de maior densidade e pelas regras constitucionais¹⁹⁸.

A doutrina do direito constitucional implica na existência de princípios constitucionalmente conformadores, ou estruturantes. O sistema jurídico brasileiro é um sistema aberto de regras e princípios, em idêntica acepção ao de Portugal, pois tais “princípios identificam-se com os chamados princípios fundamentais que, de resto, tanto encontram-se em parte específica da Constituição portuguesa como da Constituição brasileira”¹⁹⁹. Convenientemente, podem-se utilizar as referências de Gomes Canotilho quanto ao sistema português, aplicadas ao sistema brasileiro:

Este ponto de partida carece de “descodificação”: (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica*, [...] traduzida na disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; (4) é um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras*²⁰⁰.

Evidencia-se a importância vital que os princípios assumiram nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como os pontos axiológicos de mais alta proeminência, a fundamentar a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional na hermenêutica dos tribunais. Neste crivo, compôs-se uma “massa crítica de

Observe-se, que no item 1.2.2 (Teoria dos princípios como coração das constituições contemporâneas) do I Capítulo desta dissertação, fez-se breve análise sobre os princípios estruturantes.

¹⁹⁸ ESPÍNDOLA, 2002, p. 185.

¹⁹⁹ ESPÍNDOLA, 2002. Idem, p. 183.

²⁰⁰ CANOTILHO, 1998, p. 1159

jurisprudência acerca dos princípios, tendo como referência emblemática a decisão do Conselho de Estado francês, no curioso caso *Morsang-sur-Orge*²⁰¹. Por sua vez os tribunais brasileiros, Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, têm fundamentado decisões importantes, “superadoras do legalismo estrito”, com suporte nos princípios²⁰², em especial no princípio da dignidade da pessoa humana.

Paulo Bonavides considera que a posição de supremacia adquirida pelos princípios constitucionais “se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência dos valores, tão em voga nos tribunais constitucionais de nossa época”. Além do que, as “sentenças dessas Cortes marcam e balizam a trajetória de juridicização cada vez mais fecunda, inovadora e fundamental dos princípios”. Como é sabido, “essa jurisprudência tem feito a força dos princípios e o prestígio de sua normatividade - traço coetâneo de um novo Estado de Direito cuja base assenta já na materialidade e preeminência dos princípios”²⁰³. Destaca Paulo Bonavides²⁰⁴:

Como vão longe os tempos em que os princípios, alojados nos Códigos, exercitavam unicamente a função supletiva ou subsidiária, vinculados à

²⁰¹ BARROSO, 2003, p. 39. Leia-se a respeito do famoso caso “conhecido como *lancer de main* (arremesso de anão)”.

²⁰² BARROSO, 2003. Idem, p. 40 Luís Barroso exemplifica citando: “como a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao autorizar o levantamento do FGTS por mãe de pessoa portadora do vírus da AIDS, para ajudá-la no tratamento da doença, independentemente do fato de esta hipótese estar ou não tipificada na lei como causa para o saque do fundo. Em outro acórdão, de elevada inspiração, o Tribunal deferiu *habeas corpus* em caso de prisão civil em alienação fiduciária, após constatar, dentre outros fatores, que o aumento absurdo da dívida por força de juros altíssimos comprometia a sobrevivência digna do impetrante. No Supremo Tribunal Federal, a preservação da dignidade da pessoa humana foi um dos fundamentos invocados para liberar réu em ação de investigação de paternidade da condução forçada para submeter-se a exame de DNA. A demonstrar a dificuldade na definição do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, além dos votos vencidos proferidos neste caso, parte da doutrina sustentou que, ao contrário da tese central do acórdão, a preservação da dignidade da pessoa humana estava em assegurar o direito do autor da ação de ter confirmada a sua filiação, como elemento integrante da sua identidade pessoal”.

²⁰³ BONAVIDES, 1998, p. 264. Nos termos de Ruy Espíndola, a chamada teoria dos princípios, alcança à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já solidificados: “...a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios”. IN: ESPÍNDOLA, 2002, p. 265.

²⁰⁴ BONAVIDES, 1998. Idem, p. 260

‘questão da capacidade ou suficiência normativa do ordenamento jurídico’, conforme a doutrina positivista da compreensão do Direito como mero sistema de leis, com total exclusão de valores, ou seja, com ignorância completa da dimensão axiológica dos princípios!

Assinala-se que, o “ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios constitucionais”²⁰⁵, advindo daí a força normativa imediata destes princípios²⁰⁶. Sob este aporte, a atividade de interpretação da Constituição deve iniciar-se pela “identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.”^{207 208}

Nesta sinfonia, os princípios fazem a “congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo”. Paulo Bonavides refere que os princípios, “postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes”, uma vez que são “qualitativamente a vigamestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição”²⁰⁹.

Assim, sendo a Constituição um enunciado, é dentro desse universo complexo e relacional que ocorre seu processo interpretativo, não podendo só ser interpretada de maneira sistemática, considerando-a como um todo, mas sem perder de vista sua característica relacional com a realidade social. Se ocorrer o isolamento artificial da constituição, corre-se o risco de subtrair da Carta Magna o que ela possui de mais importante: sua base democrática. É, pois, essa característica democrática que a impulsiona a ser lida dentro de uma realidade indivorciável de valores.

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática funcional transformadora*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 147.

²⁰⁶ ESPÍNDOLA, 2002, p. 211. Para Ruy Espíndola, fala-se de “força normativa imediata dos princípios constitucionais, no sentido de os princípios servirem de *normas-parâmetros* nos juízos de constitucionalidade (...) e *normas de decisão* nos juízos que digam o direito sobre controvérsias onde partes postulem a defesa de direitos subjetivos através de procedimentos adequados.”

²⁰⁷ BARROSO, 1999, p. 147

²⁰⁸ Por sua vez Ricardo Lorenzetti aponta as relações entre princípios e valores: “os princípios referem-se ‘Juízos’ estimativos que servem para regular comportamentos”; sendo que ambos se interpretam “mediante um juízo de ponderação, destinado a estabelecer ‘seu peso’ no caso concreto” IN: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 316 e 287, passim.

²⁰⁹ BONAVIDES, 1998, p. 264.

Dessarte, é no Direito Constitucional que a concepção de fundamento da ordem jurídica como ordem global se otimiza diante da teoria principialista do Direito. Portanto, “*nunca tan clara como ahí la existência de uma espécie de habilitación implícita dada por el constituyente al intérprete para remplazar su pensamiento en un nuevo contexto social*”.²¹⁰ Para garantia da “eficácia e efetividade do sistema normativo assentado em uma Constituição”,²¹¹ prescinde-se da característica da atualidade dos princípios. E, de acordo com Ruy Espíndola, essa atualidade expressa-se,

no momento constituinte, com a eleição dos conteúdos normativos que expressam as expectativas de dado povo, em dado momento histórico, formuladas, genericamente, nos princípios constitucionais. E a atualização dos princípios constitucionais manifesta-se na força interpretativa do texto e do contexto constitucional; na força redefinidora dos significados jurídicos e políticos dos princípios; na força interpretativa que revivifica as aspirações do povo vazadas no pacto constituinte, nos sentidos novos conferidos aos conteúdos dos princípios, com o trânsito dialético da história²¹².

Assim, de certa forma, reforça o caráter de adaptabilidade da Constituição, gerando muitas vezes interpretações inovadoras que a atualizam e ao mesmo tempo conferem-lhe uma “força normativa” maior,²¹³ uma vez que a Constituição é o norte interpretativo de todo o ordenamento jurídico. Conclui-se com Lênio Streck²¹⁴ que “a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico”.

Este “*topos*” hermenêutico, como texto normativo, permite escolher um entre os vários tipos de interpretações possíveis. Configura-se que, “o desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição” produzem a idéia de uma nova interpretação constitucional²¹⁵.

²¹⁰ YANN AGUILA apud SANCHEZ, José acosta. Transformaciones de la Constitución en el siglo XX. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* N. 100 – Madrid: abril/junho, 1998. p. 94.

²¹¹ ESPÍNDOLA, 2002, p. 85.

²¹² ESPÍNDOLA, 2002. Idem. p. 85/86.

²¹³ A respeito disso escreve Konrad HESSE: “Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais segura há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.” *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 20.

²¹⁴ STRECK, 1999, p. 215.

²¹⁵ BARROSO, 2003, p. 331. “Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente”.

É de levar-se em conta que, mesmo sob a égide da “dogmática jurídica tradicional, já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação constitucional”, de forma a suplantar “as limitações da interpretação jurídica convencional, concebida sobretudo em função da legislação infraconstitucional”²¹⁶.

Luís Barroso considera que a “grande virada na interpretação constitucional” ocorreu ante a verificação de que “as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular” não trazem, sempre, em si “um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem”, de forma que somente “caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo pré-existente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização”.

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

Não se pode negar a distinção entre Hermenêutica Clássica e a Hermenêutica Constitucional - são diferenças de forma, de conteúdo e de aplicação. No entanto da distinção entre dois modos de interpretação surge uma necessidade: a superação do método clássico para a afirmação do método principiológico.²¹⁷

A concretização dos valores e princípios constitucionais se faz inafastável pela força do próprio documento constitucional. Assim, quem interpreta e aplica o Direito não pode cogitar se inclui ou não a análise constitucional, isto é, ao intérprete não é dado decidir se realiza apenas Hermenêutica Clássica ou aplica ainda a

²¹⁶ BARROSO, 2003, p. 331

²¹⁷ O modelo clássico de lei está ligado ao pensamento jurídico clássico, no qual o papel do juiz era aplicar silogisticamente a lei. Naquele momento o papel do Estado se traduzia na prescrição normativa da conduta e o sistema de tripartição de funções era rígido o suficiente para fustigar qualquer apelo à Justiça não esboçada na noção de direito posto.

Hermenêutica Constitucional²¹⁸. “A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas”²¹⁹.

Ao interprete que alça seu vôo, não se lhe importa de que lado está a brisa e nem quão forte ela possa se tornar, há de ter como balizamento os princípios constitucionais, que “são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”²²⁰, expondo seu autêntico sentido, sem olvidar que os princípios garantem a estrutura e uma certa identidade do núcleo constitucional. Nessa tessitura, afirma-se que o “sentido da Constituição não pode continuar velado” – há de ser descoberto, efetivo²²¹.

A Constituição Federal de 1988, extintas a velhas utopias liberais, com o vôo a ser alçado, “foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história”, carregada com “uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes”²²².

E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. [...] A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional²²³.

²¹⁸ AFONSO DA SILVA, 2005, p. 116. Afonso da Silva considera que uma das “certezas mais difundidas no direito constitucional brasileiro atual está ligada à forma de interpretação da constituição. Nesse campo há uma divisão facilmente perceptível entre o arcaico e o moderno. *Arcaico* é crer que a interpretação da constituição deve ser feita segundo os cânones sistematizados por Savigny ainda na metade do século XIX. *Moderno* é condenar os métodos tradicionais e dizer que eles, por terem caráter exclusivamente privatista, não são as ferramentas adequadas para a interpretação da constituição. Ser *moderno* é, em suma, falar em *métodos* e *princípios* de interpretação *exclusivamente* constitucional”.

²¹⁹ BARROSO, 2003, p. 333.

²²⁰ BARROSO, 1999, p. 147.

²²¹ STRECK, Lênio Luiz. A crise da Hermenêutica e a Hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do Direito (NCD). IN: SAMPAIO, José Adércio Leite - Coordenador *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. “Por isso, para interpretar a Constituição (*entendida como o novo, o "estranho" para o jurista dogmático*), é necessário, primeiro, tornar transparente a própria *situação hermenêutica* para que o estranho ou diferente (...) do texto (jurídico-constitucional) possa fazer-se valer antes de tudo, isto é, sem que nossos *pré-juízos* não esclarecidos [...] exerçam aí sua despercebida dominação, *assim escondam o específico do texto*”.

²²² BARROSO, 2003, p. 329.

²²³ BARROSO, 2003. Idem, p. 330

A título pré-conclusivo, assevera-se que a concepção principiológica, que vem se solidificando, permite antever o real valor que possuem, os princípios, para a viabilização de uma ordem jurídica mais justa, fundada em critérios de eqüidade, reconhecendo-se a necessidade de adequação ao corpo social ao qual deve tutelar.

É certo que a tendência dos Princípios em se espriar pelo ordenamento jurídico, abandonando seu tradicional papel subsidiário e assumindo uma função primacial, representa uma ruptura com a postura de distanciamento do Direito com a realidade social e ao mesmo tempo uma exaltação ao ideal democrático, posto que voltada irrefutavelmente à concretização de anseios e valores atinentes a toda sociedade.

Neste contexto, a nova hermenêutica constitucional calcada nos princípios, corretamente entendida e operacionalizada, mostram-se capazes de fornecer as bases conceituais imprescindíveis à materialização das promessas de promoção de justiça e dignidade a partir das quais forja-se o Direito contemporâneo.

No próximo capítulo, pretende-se abordar a reconstrução constitucional do Direito Privado e sua constitucionalização, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, constituindo a etapa mais importante do processo de mudança de paradigmas, por que passou o direito infraconstitucional no trânsito do Estado Liberal para o Estado Social. Visualizar-se-á a atual posição da Constituição como vértice axiológico do sistema aberto de normas, sendo que nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito, de modo a realizar os valores nela consagrados, em especial a dignidade da pessoa humana.

2 UM VÔO SEM FRONTEIRAS: A RECONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PRIVADO

Na superfície do azul brilhante do céu, tentando a custo manter as asas numa dolorosa curva, o pássaro levanta o bico e voa. Voar é muito importante, tão ou mais importante que viver, que comer, pelo menos para uma gaivota que pensa e sente o sabor do infinito. Num primeiro momento, descerra-se um horizonte de reconstrução constitucional do Direito Privado, que completa-se ante a busca de fundamentos, com os empenhos infinitos de objetivação e com a fragilidade hermenêutica dos métodos de interpretação jurídica.

A visada que se descerra deste vôo, possui, sobretudo, um *standard* em que a teoria e a filosofia do direito se encontram para elevar a Constituição a um novo patamar, como centro do sistema jurídico, capaz de fornecer o verdadeiro substrato do atual Direito Privado, ante as novas concepções que potencializam a normatividade constitucional e o desempenho de uma função de filtragem²²⁴ do direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.

Neste contexto, a nova hermenêutica calcada nos princípios, corretamente entendida e operacionalizada, mostra-se capaz de fornecer as bases conceituais imprescindíveis à materialização das promessas de promoção de justiça e dignidade a partir das quais forja-se o Direito Constitucional contemporâneo, e, em decorrência, uma reconstrução do Direito Privado. Há de arraigar-se a reflexão sobre o tema, aprofundando-se “uma revisão crítica principiada e não terminada, dado que não basta mais revelar a franca decadência que sofreram as bases sobre as quais se edificaram os institutos jurídicos”, haja vista que “o desafio de um novo

²²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Manifesta-se neste sentido: “Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos.”

ou renovado” Direito Privado “está além de apenas reconhecer o envelhecimento da dogmática”.²²⁵

Propõe-se como ponto de partida do presente capítulo dissertativo, preambularmente, o desenvolvimento de uma análise da Constituição como vértice axiológico de um sistema aberto, e seus reflexos sobre os fundamentos do modelo do Direito Privado brasileiro na contemporaneidade. Posteriormente, tratar-se-á do entrelaçamento do Direito Público com o Direito Privado e a concludente constitucionalização deste último. Nesta seqüência, pretende-se abordar aspectos relativos a incomunicabilidade dos Direitos Fundamentais e sua ultrapassagem, ante a visualização da ruptura da abstração instituída pela codificação tradicional, com a proteção da pessoa humana pelo Direito Privado.

O interesse da reflexão aqui proposta não reside apenas no incremento da compreensão do modo de operação dos princípios, mas sobretudo de suas virtudes como elemento do repertório à disposição do Direito Constitucional para a conformação de uma constitucionalização da esfera jurídico-privada, imbricando no fornecimento de bases conceituais irrefutáveis à concretização das promessas de promoção de justiça e dignidade, a partir das quais, forja-se o Direito contemporâneo.

2.1 A constituição como vértice Axiológico do sistema aberto

Nenhum ramo do Direito visualiza em seus caminhos, com a maior presteza, as mudanças que o mundo e o homem no mundo atravessam que o Constitucional. A Constituição é o reflexo do direito do homem no seu tempo, no mundo presente. “Como o mundo muda, o constitucionalismo estreita e alarga o seu caminho para se encostar nas transformações havidas”²²⁶. Tal expansionismo está associado a um efeito comunicativo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.

²²⁵ FACHIN, Luiz Edson. “Virada de Copérnico”: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. IN *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 323

²²⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. In *Portal da Justiça Federal*: <http://www.justicafederal.gov.br/> acesso em 21/09/2006.

Os valores e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Infere-se, ainda, que o “panorama pode ser enriquecido mediante a identificação da importância [...], do novo papel assumido pela Constituição”: o papel de vértice axiológico do sistema”. Através da “análise deste novo papel que torna possível estabelecer uma relação entre o sistema aberto e a força normativa dos princípios”²²⁷.

Nesta contextualização, tendo o sistema jurídico deixado de ser entendido como “axiomático-dedutivo, e portanto fechado”, Tereza Negreiros pondera, que os “princípios funcionam como os elementos do sistema jurídico capazes de conectá-lo a outros sistemas: o social, o cultural, o ético...”²²⁸ E, complementa

Somente a partir do momento em que se reconheceu a abertura do sistema jurídico, o seu enraizamento cultural, é que os princípios puderam ser reconhecidos como chave para a aplicação-realização do Direito, e não mais como mecanismos de integração supletiva do que então se reputava como um sistema autônomo, neutro e auto-referente. A partir de então, “os valores fundamentados, designadamente na sua formulação constitucional, conquistam uma dimensão de efetiva capacidade de decisão”, não mais sendo possível “pôr a ordem jurídica entre parênteses”²²⁹.

Convém a seguir, deter-se na idéia de abertura do sistema jurídico, partindo-se da função interpretativa dos princípios, os quais, consagrados constitucionalmente, se impõem como fundamento axiológico, propiciando o intercâmbio interno do sistema jurídico, bem como a interação com o seu entorno.

2.1.1 A idéia de abertura do sistema jurídico – Constituição aberta

O Direito, como ciência social prescinde de maiores aberturas, sensíveis a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção. Ele tem como ponto de referência o homem, na sua evolução psico-física, “existencial”, que se toma a história na sua relação com os outros homens. A complexidade da vida

²²⁷ NEGREIROS, 1998, p. 166.

²²⁸ NEGREIROS, 1998, *Ibidem*.

²²⁹ NEGREIROS, 1998, *idem.*, p. 167.

social implica que a determinação da relevância e do significado da existência deva ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, como "coexistência"²³⁰.

Tal complexidade das relações sociais, ao fim do século XX, foi assimilada pelos estatutos supremos, em especial os editados a partir da década de 70, caracterizando-se por uma extremada abertura do ponto de vista material²³¹. Com este supedâneo, pode-se conceituar as Constituições da pós-modernidade conforme Gomes Canotilho amparado nas formulações de Teubner e Ladeur, como:

A Constituição é um estatuto reflexivo que, através de certos procedimentos, do apelo a autoregulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos, a garantia da mudança através da construção de rupturas²³².

Nesta trilha "o direito constitui um sistema quando se reconduz, formal e procedimentalmente, a uma idêntica norma fundamental". Deduz-se, por esta concepção que o sistema jurídico brasileiro assenta numa "norma fundamental positiva" - a Constituição, a qual "delega" a outros órgãos o poder de frutificar outras categorias de normas (leis, sentenças, atos administrativos, atos de vontade privada, etc.). Dessarte, Gomes Canotilho concebe o direito como um sistema dinâmico de normas²³³.

O sistema jurídico não permanece, desta forma, alheio e indiferente às flutuações valorativas, que ocorrem no meio social no qual está inserido. Abre-se, igualmente, a outros setores do conhecimento humano, como salutar catalisação da mobilidade intra-sistêmica, facilitando as interações interpretativas no seu interior, como reflexo das ações comunicativas com o entorno social-político. Segundo Tereza Negreiros, "identifica-se neste processo a mudança de paradigma no que diz

²³⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil; introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Passim

²³¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 1º ed. 2º tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 15/16, passim.

²³² CANOTILHO, 1993, p. 14.

²³³ CANOTILHO, 1993. Idem, p. 49.

respeito à própria idéia de sistema jurídico”²³⁴. Por sua vez, Pietro Perlingieri identifica:

Por sistema jurídico entende-se a percepção do conjunto das fontes dentro de um esquema conceptual que, por um lado, represente o sentido profundo de cada norma através de suas conexões com outras e das conexões destas com os princípios; por outro, que exprima a unidade entre a construção jurídica e a sua aplicabilidade social, através da radicação do direito na cultura entendida em sentido amplo. [...] A tarefa da atual metodologia consiste, portanto, na elaboração de um sistema fundado nos valores presentes no ordenamento jurídico vigente”.²³⁵

Cuida-se de um “processo de abertura do sistema. O termo sistema aberto, é verdade, admite sentidos variados, [...]. Para Canaris, a abertura do sistema jurídico é a característica que permite a ‘modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica’”²³⁶. A propósito, explica Martins Costa que a expressão sistema aberto:

[...] indica o modelo de sistema que, embora guardando propriedades fundamentais de reunião dos elementos que o compõem, da relação ordenada entre esses (e daí a idéia de ordem) e unidade entre os elementos - e não a mera justaposição, porque os elementos supõem uma certa identidade, caracterizada em especial sob o aspecto da não-identidade com o que está fora do sistema -, permite a contínua absorção dos dados e elementos que estão às suas margens, promovendo, em relação a estes, uma permanente ressystematização”²³⁷.

Tem-se como certo, que a jurisdição constitucional irá, pela complexidade de sua jurisprudência, avolumar mais o conceito de "abertura do sistema constitucional" ou ainda, "constituição aberta" ao procurar vincular concretamente a norma constitucional.

²³⁴ NEGREIROS, 1998, p. 166. Complementa a autora: .."verifica-se que à configuração positivista dos princípios [...] corresponde uma idéia de sistema jurídico do tipo lógico-axiomático, pré-dado pelo legislador, e não construído pelo intérprete. O sistema jurídico assenta sobre premissas formais que se supõem, por si, capazes de conferir ao conjunto de normas uma unidade de sentido construída sobre o postulado da coerência lógica. No contexto pós-positivista, impulsionado pela consagração constitucional de inúmeros princípios [...], a idéia de sistema não mais decorre de um imperativo de cientificidade lógico-metodológica do Direito, mas, nas palavras de Canaris, da "própria idéia de Direito" como expressão do princípio da igualdade substantiva".

²³⁵ PERLINGIERI, 2002, p. 57/58

²³⁶ NEGREIROS, 1998, p. 161.

²³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 335.

Assim, a chamada Teoria da Constituição²³⁸, sob influência americana, ou de linha alemã, contribuiu para ampliar o entendimento do papel político-jurídico constitucional. Nos Estados Unidos, a corrente do realismo jurídico é um exemplo significativo desse traço da maior fundamentação social das normas constitucionais. Enquanto que na trajetória alemã, a Teoria da Constituição, passando por Smend, Konrad Hesse e Peter Häberle aprofundou todo o caráter terminológico de "Constituição aberta"²³⁹, com sua natureza interna conflitiva e não-sistemática. Já Robert Alexy²⁴⁰ dá outro passo ao contrapor aos Direitos Fundamentais no seu entrelaçamento com os princípios para uma outra expressão "constituição aberta e a moral".

Portanto, a “abertura semântica e estrutural”, como ensina Wilson Steimetz, “não é defeito das disposições constitucionais, mas virtude”, uma vez que dimana da “natureza da Constituição como ordenamento marco, como norma fundamental, como sistema normativo aberto de princípios e regras”.²⁴¹ É a abertura da Constituição que permite a mutação constitucional. Como analisa o tema Gomes Canotilho:

A 'abertura' do corpus constitucional a regras constitucionais não escritas – quer derivadas de uma formação/institucionalização consuetudinária quer as derivadas da interpretação do texto constitucional – aponta para uma outra idéia importante. É esta: o direito constitucional é um 'direito vivo', é um 'direito em acção' e não apenas um 'direito nos livros'. Precisamente por isso, existe um direito constitucional não escrito que embora tenha na

²³⁸ Convém sinalizar a “Teoria da Constituição”, com a ajuda da conceituação de CANOTILHO, 1993, p. 153: “Não obstante continuar a ser discutido o «lugar» teórico-científico da chamada «Teoria da Constituição» (*Verfassungslehre*, na terminologia alemã), pode afirmar-se que esta ciência constitucional se assume, fundamentalmente, como *teoria política do direito constitucional* e como *teoria científica da dogmática de direito constitucional* (MORLOCK), pertencendo-lhe discutir, descobrir e criticar os limites, as possibilidades e a força normativa do direito constitucional. [...] Finalmente, a teoria da constituição serve para a *racionalização da pré-compreensão* do intérprete das normas constitucionais. Sendo hoje quase indiscutido o significado central da pré-compreensão na obtenção dos resultados colhidos mediante a interpretação das normas constitucionais, à Teoria da Constituição — como ciência de explicação, crítica e refutação — pertence evitar que os preconceitos (jurídicos, filosóficos, ideológicos, religiosos, éticos) acabem por afectar o trabalho de aplicação do direito, segundo regras racionais e fundamentais”.

²³⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição : contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Mendes, Gilmar Ferreira, trad. Porto Alegre : Fabris, 1997. Peter Häberle formulou uma teoria da interpretação constitucional que associou dois subtemas, Constituição e realidade constitucional, trazendo, para o processo hermenêutico constitucional, todos aqueles que fazem a realidade da Constituição. Para Peter Häberle, a Constituição é um contínuo processo de interpretação e atualização do texto constitucional, promovida por todos aqueles que fazem o meio no qual está inserido. passim.

²⁴⁰ ALEXY, 1993 (Reimpressão 2002). Loc. Cit. passim.

²⁴¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 83.

constituição escrita os fundamentos e limites, completa, desenvolve, vivifica o direito constitucional escrito.²⁴²

A serventia da idéia de abertura para a Constituição da sociedade democrática e pluralista é também enfatizada por Paulo Bonavides, salientando, também, a problematicidade da estabilidade constitucional diante da estrutura aberta da própria sociedade. Assim, se a sociedade é aberta, a Constituição também o é; se é aberta a Constituição, também a interpretação é aberta, propícia à tópica. Nas “Constituições democráticas, portanto, é que serão encontrados os *‘topoi’* argumentativos justificadores de renovada ótica jurídica”²⁴³.

Neste alcance, a Constituição aberta vive da interpretação promovida pela sociedade aberta, mantendo-se, assim, latente no meio social. Sendo valioso o ensinamento de Konrad Hesse acerca da Constituição aberta, ao dizer que a Constituição deve permanecer “imperfeita e incompleta”, porque a “vida que ela quer ordenar é a vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas”²⁴⁴:

Essa alterabilidade caracteriza, em medida especial as condições de vida reguladas pela Constituição. [...] Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente 'aberto para dentro do tempo'. Essa abertura e amplitude da Constituição naturalmente não significa dissolução em uma dinâmica total, na qual a Constituição não estaria em condições de dar à vida da coletividade apoio dirigente. A Constituição deixa não só aberto, senão ela também determina com obrigatoriedade o que não deve ficar aberto.^{245 246}

A sociedade moderna, que se radica antes na auto-organização, está alicerçada no pluralismo. Este, por sua vez, representa uma variedade de idéias e de interesses na comunidade política, não sendo compatível com o recurso a uma

²⁴² CANOTILHO, 2006, p. 1139.

²⁴³ BONAVIDES, 1998, 105.

²⁴⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*. Trad. de Luiz Afonso Reck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 40

²⁴⁵ HESSE, Konrad. 1998. *Idem*, p. 40

²⁴⁶ CANOTILHO.1993, p.148/149. Complementa o autor: “Direito constitucional aberto ao tempo é aquele cuja constituição contém uma regulamentação deliberadamente incompleta («sistema lacunoso», «constituição não é codificação»), de modo a permitir e garantir um espaço de liberdade para o antagonismo, compromisso e consenso pluralísticos. Consequentemente, muitas das suas normas são *normas abertas*, de modo a poderem ser preenchidas ou concretizadas de forma renovada e cambiante. O carácter «lacunoso e aberto» das normas surge, assim, como consequência do «compromisso constituinte», a favor da mudança democrática no quadro da própria constituição. Direito constitucional aberto ao tempo é, em segundo lugar, um direito susceptível de alteração formal, de acordo com as necessidades impostas pela evolução política e social («adaptação» «desenvolvimento constitucional»).

vontade homogênea e unitária do povo, nem consentâneo com a pretensão de verdade absoluta. O pluralismo está presente em todos os domínios, do político ao econômico, do científico ou artístico. Em uníssono a norma constitucional necessita se reinterpretar, para Pablo Verdú:

*[...] la normativa constitucional es abierta en la medida que permite una reinterpretación constante de sí misma: tiene considerable capacidad expansiva y receptiva como (...) consecuencia de factores internos y externos al hacerse depender el texto constitucional de dinámicas políticas y jurídicas interiores e internacionales [...]*²⁴⁷

Em outras palavras, esclarecendo o que entende por constituição aberta, diz Pablo Verdú, que é aquela carta política em que o texto e a sua interpretação são receptivos à influência de fatores axiológicos, ideológicos, sociais e culturais externos à sua normatividade formal²⁴⁸.

Como o texto constitucional é composto de termos genéricos e vagos requer para sua realização que seja, então, interpretado. Portanto, o sentido que se dá à Constituição varia de contexto histórico para contexto histórico, sendo assim, variante no tempo. A partir daí Peter Häberle²⁴⁹ verificou que a Constituição não era o simples texto constitucional elegido pelo Poder Constituinte originário, mas o resultado sempre temporário de sua interpretação. Esse produto é, para o referido autor, o elemento que ordena a vida social. Desse modo, concluiu que não há norma jurídica, senão norma interpretada.

Robert Alexy, no entanto, demonstra que o conteúdo normativo da teoria institucional²⁵⁰ dos direitos fundamentais deve ser interpretado axiologicamente, argumentando, entre outras coisas, que no lugar das expressões "*ideas jusfundamentales*" e "*imagenes rectoras*" que o legislador deve realizar – utilizadas por Peter Häberle -, seria possível se falar de valores ou princípios. Além disso, sublinha que a "*característica epistemológica mas segura de una teoría abierta o*

²⁴⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. *La constitución abierta e sus enemigos*. Madrid: Ed. ones Beramar, 1993. p.57

²⁴⁸ VERDÚ, 1993, p. 60 – 64, passim.

²⁴⁹ HÄBERLE, Peter, 1997, p. 26.

²⁵⁰ Robert Alexy aborda a teoria institucional dos direitos fundamentais, desenvolvida mais amplamente por Peter Häberle. Para essa teoria os direitos fundamentais devem ser institutos. ALEXY, 1993, p. 545, passim.

encubiertamente axiológica o de los principios, es decir, la ponderación”, a qual tem papel central na “*teoría institucional de Häberle*”.²⁵¹

O primeiro pressuposto da teoria de Peter Häberle em relação a uma Constituição aberta, é o de que não há norma jurídica de *per se*, senão a norma interpretada, e, por outro lado, “todo aquele que vive a Constituição é um ser legítimo intérprete”²⁵². Qualquer medida que restrinja algum daqueles postulados fecha a comunidade de intérpretes.²⁵³

Com efeito sociedade aberta corresponde a Constituição aberta²⁵⁴. Preciosa é a lição de Peter Häberle saber:

*Las Constituciones de letra viva, entendiendo por letra viva aquellas cuyo resultado es obra de todos los intérpretes de la sociedad abierta, son en su fondo y en su forma, expresión y instrumento mediador de cultura, marco reproductivo y de recepciones culturales, y depósito de futuras 'configuraciones' culturales, experiencias y vivencias y saberes*²⁵⁵.

Salienta-se que o intérprete não deve ignorar a “abertura dialógica da Constituição”, pois é através desta abertura que “assume a condição de grande preferencial motor das mutações constitucionais”²⁵⁶. Assim, nas palavras de Judith Martins-Costa, a “cultura jurídica abandona determinado paradigma de relacionamento com as demais instâncias do todo social - o paradigma do sistema fechado, um sistema que auto-referência de modo absoluto”, desta forma, passa a se “movimentar em torno de outro paradigma, o de sistema aberto, ou sistema de auto-referência relativa”²⁵⁷.

²⁵¹ ALEXY, 1993, p. 545.

²⁵² HÄBERLE, 1997, p. 42.

²⁵³ CITTADINO, 2004, p. 31. Ainda: “Comprometido com os ideais do Estado Providência e com a “força produtiva do pluralismo”, Häberle defende o alargamento do círculo de intérpretes da constituição, pela via de um processo aberto e público. Dos cidadãos aos partidos políticos, passando por sindicatos e órgãos estatais, todos tomam parte do processo de interpretação da constituição. Sem a participação de todas as forças da comunidade política, não há como concretizar a constituição. Parece não restar dúvidas de que a realidade social, para os integrantes da Nova Hermenêutica, não mais está confinada ao espaço pré-jurídico. A concepção material da constituição, por todos priorizada, vem precisamente realçar o papel das diversas forças políticas - em sociedades plurais - na fixação dos princípios fundamentais do ordenamento constitucional. A constituição aqui é a força normativa da *vontade política* de uma comunidade histórica e, por consequência, a fonte *real* de validade de todo o sistema normativo”.

²⁵⁴ CASTRO, 2005, p. 31, *passim*.

²⁵⁵ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emílio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. p. 34.

²⁵⁶ AFONSO DA SILVA, 2005, p. 335.

²⁵⁷ MARTINS-COSTA, 1998, p. 334.

Já os efeitos pluralistas sobre a interpretação constitucional emprestam à atividade interpretativa um caráter multifacetado, o qual apesar de parecer ameaçador à força normativa da Constituição, lhe dá o seu verdadeiro caráter: o de construção de uma sociedade constitucional livre, democrática e solidária.²⁵⁸ Afinal, uma Constituição só se torna eficaz e real, quando a mesma se mantém viva no seio social, com a incorporação da realidade ao processo hermenêutico.

A hermenêutica pode nos permitir uma leitura sistêmica do texto constitucional, constituindo uma Constituição que inaugura a indivisibilidade dos direitos fundamentais, toda uma hierarquização de princípios aplicáveis e variáveis de acordo com a situação concreta, e a partir daí, a construção de um conceito mais amplo de cidadania e de democracia, enquanto processo em constante evolução. O próximo item (2.1.2) do presente capítulo tem por fim demonstrar a concepção dogmática e a estrutura teórico-sistêmica de compreensão da Constituição, de matiz principialista.

2.1.2 Estrutura sistêmica: Constituição como sistema aberto de regras e princípios

A sociedade hodierna é caracterizada pela alta complexidade nas relações, pela presença de lógicas fragmentadas, pelo relativismo, pela contingência, pelo risco, tudo em um processo de extrema velocidade. O Direito, por sua vez, apresenta um cadência própria, mais lenta, tradicionalmente voltado à segurança. Esse descompasso vem em detrimento da função do sistema jurídico, exigindo a superação de ideologias que promovem o fechamento do sistema jurídico com o amparo de juízos fundados em pretensa certeza ou exatidão. Com supedâneo nos estudos de Gomes Canotilho, é adequada a teoria de uma estrutura constitucional sistêmica, permitindo decisões marcadas pela verossimilhança, gerindo a diferença e a abertura para um horizonte temporal de futuro, através de uma perspectiva teórico-jurídica com aporte principialista do aparelho constitucional.

²⁵⁸ HÄBERLE, 1997, p. 46 – 49, passim.

Quando se caracteriza a Constituição como um sistema aberto de regras e de princípios, abarcando o pensamento de Inocêncio Coelho, afiança-se que os seus enunciados “compreendem não apenas regras, mas também princípios, com prevalência desta segunda espécie normativa como normas genuinamente constitucionais”. Além do que, o seu texto não só acolhe como até mesmo “exige distintas e cambiantes interpretações”, de forma a considerar, “à luz dos valores do pluralismo e da tolerância”, uma infinidade de mundos constitucionalmente possíveis”, evitando qualquer lesão a “unidade da constituição como cânone hermenêutico fundamental”.²⁵⁹

Aqui, convém lembrar que a "matriz epistemológica dominante, impõe os critérios exigidos para a construção do conhecimento, caracterizando um estilo científico próprio de racionalidade", visualizando os problemas específicos a que este se conduz. Por sua vez o "estilo científico" e o "campo de racionalidade" colocam-se frente à “necessidade de se ligarem as teorias, simultaneamente, com o problema de sua cientificidade propriamente dita e as implicações sociais que se sucedem na história”²⁶⁰.

Convém fazer um parêntese, para expor alguns critérios, explicitados por Leonel Rocha, que a teoria jurídica configurou na busca de elaboração de uma racionalidade capaz de transformar o direito em uma ciência, conforme suas matrizes teóricas. Diz Leonel Rocha que as propostas mais conhecidas, como “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen, a “Jurisprudência” de Herbert Hart, ou o “Realismo Jurídico” de Alf Ross, “procuraram construir, sob diferentes pressupostos epistemológicos, um estatuto de cientificidade neopositivista para o direito”, ou seja, uma metodologia que elabore “uma linguagem rigorosa para o direito”²⁶¹.

Todavia, ultimamente, esta noção de ciência do direito, baseada em critérios sintático-semânticos, tem sido forçada a alterar-se devido as suas dificuldades em fazer frente ao surgimento de novas exigências teórico-sociais”, voltando-se para a “análise de critérios pragmáticos de racionalidade”. Tal concepção “desloca a

²⁵⁹ COELHO, 2006, p. 54.

²⁶⁰ ROCHA, Leonel Severo. – Novas Perspectivas da Teoria do Direito. In: *Revista da AJURIS: Doutrina e Jurisprudência*, Ano XXVI, nº 77. Porto Alegre: AJURIS, março de 2000. p. 248.

²⁶¹ ROCHA, 2000. Idem, p. 249, passim.

racionalidade jurídica”, direcionada para os seus aspectos normativos, “para uma perspectiva funcionalista, dirigida igualmente para as suas funções sociais”, permitindo maior interação das relações do direito com a política²⁶².

Face a “constatação das limitações das análises centradas exclusivamente nas normas, como pressuposto para uma abordagem mais sofisticada da complexidade social”, criou-se um respeitável “espaço na epistemologia jurídica para novas perspectivas teóricas, notadamente, a filosofia analítica pragmática, a hermenêutica e a teoria dos sistemas”.²⁶³ Dessarte, esta matriz sistêmica²⁶⁴, realmente, “provoca uma mudança epistemológica na teoria jurídica e por isto ainda não chegou a ter grande influência na dogmática positivista dominante”²⁶⁵, mesmo assim, fornece um importante passo para a construção de uma nova teoria do direito relacionada com as funções do Estado, ante a comunicação da norma jurídica com o social e a práxis significativa.

A perspectiva pragmático-sistêmica conforma as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, podendo ser redefinidas no interior do sistema. Neste viés, é que se pode divisar porque “Luhmann, indo bem além de Kelsen, [...] , define o direito como ‘uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal (normas) social (institucionalização) e prático ou objetivo (núcleo significativo)’”²⁶⁶. Importa mencionar em Niklas Luhmann é a sua constatação de que:

²⁶² ROCHA, 2000, p. 249. “Nesta linha de idéias, uma matriz teórica consistente deve estar apta a refletir o direito a partir da especificidade de sua racionalidade, levando em consideração, simultaneamente, noções mais modernas da sociedade e da política”.

²⁶³ ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Leonel Severo rocha, Germano Schwartz, Jean Clam. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 30.

²⁶⁴ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998. p. 83. “O ponto de partida são as análises de Niklas Luhmann sobre a teoria dos sistemas de Talcott Parsons (*The Structure Of Social Adion*). Parsons elaborou, como se sabe, uma teoria geral da ação que poderia ser aplicada a todos os fenômenos sociais, entre eles o direito. Niklas Luhmann, entretanto, adotaria a teoria de Parsons, somente numa primeira fase de sua atividade intelectual (Sociologia do Direito), tendo depois (Sistemas Sociais) se voltado a uma perspectiva *autopoiética* (Varela-Maturana) da sociedade, que acentua a sistematicidade do direito como auto-reprodutor de suas condições de possibilidade de ser”.

²⁶⁵ ROCHA, 1998. Idem, p. 83. Ainda: “Nesta linha de idéias, bem além de Kelsen e Hart [...] e dos pressupostos normativistas, o direito em Luhmann é *uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal (norma), social (institucionalização) e prático ou objetivo (núcleo significativo)*”.

²⁶⁶ ROCHA, 2005, p. 32. Isto porque para Luhmann: “o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de graduações que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas”. In:

O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mais sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática²⁶⁷.

Nesta ótica, pode-se adiantar, parafraseando Leonel Rocha²⁶⁸, que o direito para Luhmann, embora visto de forma estrutural, é dinâmico devido à constante evolução provocada pela sua necessidade de agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo.

O Direito, e aqui particularizamos o Direito Constitucional, cultiva uma interdependência com a sociedade, todavia, aquele é autônomo em relação a esta. A interação de todos os componentes do sistema jurídico – processos, identidade, estrutura, atos jurídicos, normas jurídicas – apresentam-se em uma articulação hipercíclica, possibilitando seu fechamento operativo por causa de sua automanutenção.²⁶⁹ Por último Leonel Rocha apresenta a proposta de "constituição de uma nova cultura política para que se ajude a permitir a livre irrupção de uma sociedade democrática, não-totalitária":

Isto implica na necessidade de se repensar a política, o direito e a democracia, por entendermos que a Invenção democrática é fundamental para a compreensão da lei, do saber e do poder nas sociedades complexas. A contribuição da Matriz Pragmático-Sistêmica é portanto evidente. Nesta ótica, podemos adiantar que não existe democracia com verdade (sintático-semântica), a democracia é o lugar da indeterminação e da invenção (Lefort), da possibilidade do risco e do paradoxo (Luhmann), pois somente o totalitarismo fornece a tranquilidade dos lugares pré-estabelecidos²⁷⁰.

Bem, como fechamento do parêntese posto até este momento, convém retomarmos a questão da construção de uma interpretação complementar nova do texto constitucional, devendo ser conduzida pela matriz pragmático-sistêmica, se observar-se os aspectos essenciais democráticos que afiançam a visão de uma

NEVES, Clarissa Eckert Baeta. (Org.) *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Tradução Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre : Ed. da Universidade/UFRGS, 1997. p. 33.

²⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

²⁶⁸ ROCHA, 2000, p. 251, passim.

²⁶⁹ NEVES, 1997, p. 34 – 36, passim. Sobre a auto-referência, segundo Ginter Teubner é a "característica visceral" do Direito Pós-Moderno e sua abordagem faz-se essencial para um entendimento do Direito como um sistema autopoietico. Leia-se in TEUBNER, Ginter. *O Direito Como Sistema Autopoietico*. Traduzido por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 34-52, passim.

²⁷⁰ ROCHA, 2000, p. 255, passim.

Constituição, enquanto processo que validaria todas as mudanças que a sociedade demanda.

A abordagem empreendida até então recomenda um pensamento principialista estruturante nos termos postos por Gomes Canotilho, visualizando a Constituição como um "sistema aberto de regras e princípios"²⁷¹.

Esta perspectiva teórico-jurídica, tendencialmente "principialista", do "sistema constitucional", como sistema processual de regras e princípios, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos [...], mas também porque permite *respirar, legitimar, enraizar e caminhar* o próprio sistema. A respiração obtém-se através da "textura aberta" dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem *valores* [...] fundamentadores da ordem jurídica; o enraizamento prescreta-se na *referência sociológica* dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos *processuais e procedimentais adequados*, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática [...] das mensagens normativas da constituição.²⁷²

Por certo, esta concepção reforça a ideia de normatividade dos princípios constitucionais, ao conferir-lhe uma dimensão praxiológico-concretizadora, além de um sentido estruturante uma vez que propicia a compreensão, a interpretação e a aplicação dos princípios de maior abertura, haja vista fundamentar-se sobre um postulado coevo no Direito da Constituição contemporânea: a Constituição como estrutura sistêmica aberta, composta por princípios e regras²⁷³.

Afinal, como bem esclarece Tereza Negreiros: "sistema e princípios são ideias que, na verdade, sempre caminham de mãos dadas"²⁷⁴.

Os princípios são compreendidos de acordo com uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico. Por sua própria definição, eles reportar-se-iam a um conjunto concatenado, enquanto "mandamentos nucleares", base ou fundamento, 'traves mestras jurídico-constitucionais' [...]. Igualmente em sua funcionalidade, os princípios justificar-se-iam por emprestar solidez ('amalgama') e coerência ao sistema, ou mesmo por permitir a própria

²⁷¹ CANOTILHO, 1993, p. 170. No tocante à relação categorial "Constituição e Sistema", sua proposta reputa uma análise sistêmica integrada numa epistemologia da complexidade, como ele próprio admite: "...pretende-se construir o direito constitucional com base numa perspectiva "principialista" (baseado em princípios), perspectiva esta inspirada em DWORKIN e ALEXI, mas com aberturas para as concepções sistêmicas e estruturantes (sentido de LUHMANN e de MÜLLER). Desta forma, fazemos também sugestões para uma visão estruturante do direito constitucional com suficientes suportes em esquemas funcionais e institucionais (W. KRAWIETZ)".

²⁷² CANOTILHO, 1993. Idem, p. 170.

²⁷³ ESPÍDOLA, 2002, p. 186 – 192, passim.

²⁷⁴ NEGREIROS, p. 147.

identificação deste: "A enunciação dos princípios de um sistema tem, portanto, uma primeira utilidade evidente: ajudar no ato de conhecimento... Pela própria circunstância de propiciar a compreensão global de um sistema, a identificação dos princípios é o meio mais eficaz para distingui-lo de outro sistema." (Sundfeld 1992: 137)²⁷⁵.

Configura-se, no ponto em que se situa o debate jurídico contemporâneo, que qualquer sistema jurídico se sustenta por sobre um conjunto de princípios. Assim não fosse, tornar-se-ia impossível trabalhar com a idéia de sistema jurídico.

Gomes Canotilho toma o direito como um sistema dinâmico de normas, pois ele concebe que o "direito constitui um *sistema* quando se reconduz, formal e procedimentalmente, a uma idêntica *norma fundamental*". De tal concepção de sistema jurídico, pode-se deduzir, acompanhando sua lição, que o sistema jurídico brasileiro (em comparação com o português) "assenta numa norma fundamental positiva - a Constituição - que, por sua vez, 'delega' a outros órgãos o poder de produzir outras categorias de normas"²⁷⁶, ou seja, nosso sistema jurídico (do Estado Democrático de Direito) brasileiro é um sistema normativo aberto de regras e princípios²⁷⁷.

[...] as normas constitucionais, como anteriormente visto, constituem-se de regras constitucionais e de princípios constitucionais, que se relacionam de modo sistêmico-estruturante. Essas regras e princípios constitucionais é que permitem a "descodificação" da estrutura sistêmica da Constituição, isto é, possibilitam a compreensão da Constituição como *sistema aberto de regras e princípios*.²⁷⁸

A proposta científica é "a do recurso à *análise sistêmica* integrada numa *epistemologia da complexidade*". Afinal, as "culturas jurídicas e políticas modernas tendem a considerar o político e o direito como *sistemas*"²⁷⁹, tendo em vista "uma nova 'galáxia' ou 'paradigma' sistêmico — o *sistema auto-referencial ou autopoietico*"²⁸⁰.

²⁷⁵ ROTHENBURG, 1999, p. 51.

²⁷⁶ CANOTILHO, 1993, p. 47. "É neste sentido que se fala do direito como um *sistema dinâmico de normas*".

²⁷⁷ CANOTILHO, 1993. Idem, p. 165.

²⁷⁸ CANOTILHO, 1993. Idem, p. 165.

²⁷⁹ CANOTILHO, 1993. Idem, p. 44.

²⁸⁰ CANOTILHO, 1993. Idem, p. 46. "Enquanto o sistema normativo de KELSEN e da Escola de Viena se concebia como um *sistema piramidal de normas jurídicas positivas (a que não era alheia uma teoria do Estado primordialmente estruturante)*, a *ideia de autopoiesis* prefere um sistema circular e contínuo — de "*creatio continua*" — fala N. LUHMANN — em que cada elemento recebe a sua

Para Ruy Espíndola, reportando-se ao pensamento de Leonel Rocha, os princípios constitucionais distinguem-se serem “informativos de todo o sistema jurídico de um Estado”. Como base do sistema constitucional, “fazem-se fonte de todas as ordenações jurídicas”. As “regulações jurídicas que adentram o sistema têm, na principiologia constitucional”, o supedâneo estrutural das instituições jurídicas. Deforma que a “informatividade destes princípios põe em destaque a fundamentalidade da Constituição, [...] a presença de seu espírito em toda a dimensão sistêmica que se plasma no ordenamento jurídico”²⁸¹. Já, para Paulo Bonavides, a nova concepção sistêmica traz para o direito:

uma visão em que ele aparece precipuamente como instrumento destinado a garantir e proteger a participação do indivíduo nos papéis de comunicação social, sendo seu fim cardeal, qual se depreende das linhas expositivas daquele jurista, proporcionar e planejar a participação e as oportunidades tanto de informar-se como de comunicar-se ‘numa sociedade compreendida em permanente processo de formação’.²⁸²

Parafraseando Leonel Rocha a extrema complexidade e contingência apresentada pela sociedade atual propugnam por um novo enfoque epistemológico com um caráter pragmático-sistêmico no sentido de suplantar as tradicionais matrizes epistemológicas do Direito. Para tanto, “a Teoria Sistêmica de cunho autopoietico, possibilita a tomada de decisões por parte dos sistemas frente a ambientes amplamente complexos e contingentes”²⁸³, promovendo a abertura do sistema jurídico, que no entanto, “deve ser vista menos como um ponto de chegada do que como um processo de transição ainda em atuação, o que dificulta a visualização de suas causas determinantes”²⁸⁴.

Na interpretação constitucional, a concepção sistêmica continua a condicionar tal interpretação, iluminada, entretanto, pelas idéias de abertura do sistema e pela teoria material da Constituição, propiciando o aparecimento de novos métodos

qualidade normativa de um outro elemento, que, por sua vez, determina um outro sem que seja possível descortinar neste circuito "auto-referencial" qualquer ideia de prioridade ou de primazia”.

²⁸¹ ESPÍNDOLA, 2002, p. 87-88.

²⁸² BONAVIDES, 1998, p. 105/106. Ainda: “Compreendendo a Ciência do Direito como ciência da direção e da regulação dos processos sociais, a teoria sistêmica poderá sem dúvida abrir caminho amanhã a uma investigação mais ampla e eficaz acerca da natureza do sistema constitucional”. P. 108

²⁸³ ROCHA, Leonel Severo. Três Matrizes da Teoria Jurídica. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes (organizadores). São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 1999. p. 121-136, passim.

²⁸⁴ NEGREIROS, 1998, p. 160.

hermenêuticos que procuram superar a insuficiência das técnicas clássicas para revelar a complexidade da Constituição integral.

É inevitável [...], que a abertura temática que caracteriza o pós-modernismo constitucional recoloque na ordem do dia a questão da unidade da Constituição, ou seja, da integração sistêmica de suas várias colônias de normas tanto preceituais quanto principiológicas²⁸⁵.

Por sua vez, o princípio da unidade das normas constitucionais, mantém-se “entre a construção jurídica e a sua aplicabilidade social, através da radicação do direito na cultura entendida em sentido amplo”. Em decorrência, ancorar a abertura do sistema jurídico “significa admitir mudanças que venham de fora para dentro, ou, em termos técnicos, que provenham de fontes não imediatamente legislativas”; em outras palavras, “admitir que o Direito, como dado cultural, não se traduz num sistema de ‘auto-referência absoluta’”²⁸⁶.

Paulo Bonavides enfatiza a utilidade da idéia de abertura da Constituição e da problematidade da estabilidade constitucional, diante da estrutura aberta da própria sociedade democrática e pluralista. Assim, “se a sociedade é aberta, a Constituição também o é; se é aberta a Constituição, também a interpretação é aberta, propícia à tópica”. Dessarte, serão encontrados “os ‘topoi’ argumentativos justificadores de renovada ótica jurídica”, exatamente, nas Constituições democráticas²⁸⁷.

Nesse matiz, a compreensão da uma dogmática do direito constitucional tem como ponto de partida, acompanhando-se o pensamento principialista canotilhiano (em referência a Constituição brasileira), o “sistema jurídico do Estado Democrático de Direito brasileiro” como um “sistema normativo aberto de regras e princípios”²⁸⁸. Nas palavras de Gomes Canotilho, “este ponto de partida carece de ‘descodificação’”²⁸⁹.

²⁸⁵ CASTRO, 2005, p. 59.

²⁸⁶ NEGREIROS, 1998, p. 163.

²⁸⁷ BONAVIDES, 1998, p. 109.

²⁸⁸ ESPÍNDOLA, 1998, p. 187.

²⁸⁹ CANOTILHO, 1993, p. 165. “(1) — é um sistema jurídico porque, [...] é um sistema dinâmico de normas; (2) — é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica*, [...] traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; (3) — é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; (4) — é um *sistema de regras e de princípios*, pois as

Então, são as regras e princípios constitucionais que autorizaram a "descodificação, 'em termos de um constitucionalismo adequado' da estrutura sistêmica"²⁹⁰, ou melhor, possibilitam "a compreensão da Constituição como *sistema aberto de regras e princípios*".²⁹¹ Por essa linha de pensamento, como observa-se, transita Gomes Canotilho ponderando de vez a adequação desse modelo teórico-jurídico para a compreensão do sistema constitucional:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa [...], fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um 'sistema de segurança', mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é [...] um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional [...]. O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (...) levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do 'possível' fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema²⁹².

Tais conceitos e idéias no tocante à estrutura sistêmica da Constituição, se assentes como aparelhos de uma doutrina do Direito Constitucional, conduzem para uma dogmática principialista estruturante, nos termos postos por Gomes Canotilho, uma vez que a "articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da Constituição como um sistema interno" albergado por princípios estruturantes fundamentais, os quais "assentam em *subprincípios e regras constitucionais* concretizadores desses mesmos princípios". Pode-se afirmar que a "Constituição é formada por regras e princípios de diferentes grau de concretização (diferente densidade semântica)"²⁹³.

Em face da concepção de sistema aberto até aqui visualizada, ressalta a "complexidade e a largueza das questões relativas à problemática dos princípios constitucionais". Além do mais, para "extrair-se da idéia de princípios constitucionais

normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras*."

²⁹⁰ CANOTILHO, 1993, p. 168.

²⁹¹ ESPÍNDOLA, 1998, p.187

²⁹² CANOTILHO, 1993, p. 168/169.

²⁹³ CANOTILHO, 1993, p. 180.

toda a sua *normatividade mediata e normatividade concreta*,” prescinde-se de uma edificação “técnico-dogmática constitucionalmente adequada”, que possa Explicitar “todos os elementos normativo-categoriais de uma Constituição positiva, concreta, temporal e espacialmente situada”²⁹⁴.

Sopesada a idéia de abertura do sistema constitucional, convém dimensionar o papel dos princípios como unificador do sistema, tanto nos seus aspectos tradicionalmente civilísticos, quanto naqueles de relevância publicista, desempenhado de maneira cada vez mais incisiva, nesta nova atuação do texto constitucional. Com diz Tereza Negreiros, “a norma constitucional é aquela que traduz a filosofia de vida, o espírito do ordenamento, que [...] contém ‘valores e (...) princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora’²⁹⁵, se espraiando através das normas infraconstitucionais.

2.1.3 Fundamentos do modelo de Direito Privado brasileiro - dos limites à publicização do Direito Privado

Esquadrinhar o papel e função do Direito Privado na vida da sociedade contemporânea acarreta a vinculação entre as codificações e os modelos liberal e, ou social de organização do direito, haja vista espelharem os princípios e valores consagrados por estes paradigmas, revelando uma superação à crise apresentada por cada um deles, em determinado momento histórico, “pretendendo regular toda a vida da sociedade privada, como modo de ver o fenômeno jurídico”²⁹⁶.

Para compreender o atual Direito Privado, lança-se algumas considerações histórico-teóricas, limitando-se o olhar, haja vista, não ser a linha mestra desta dissertação, mas, apenas utilizada como caráter complementativo. A chamada era da codificação dos direitos privados²⁹⁷, sem dúvida, apesar de vários soberanos,

²⁹⁴ ESPÍNDOLA, 1998, p. 191/192.

²⁹⁵ NEGREIROS, 1998, p. 170/171.

²⁹⁶ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 04, passim.

²⁹⁷ PEZZELLA, Maria Cristina Cerese. Código Civil em perspectiva histórica. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. Ingo Wolfgang Sarlert (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Paulo Grossi citado e traduzido por Maria Pezzella: “A modernidade do direito privado se identifica, segundo o histórico do direito e segundo o civilista, na idade da codificação. Os códigos representam o moderno

durante a Idade Média, efetuaram diferentes esboços de consolidações, não obtiveram êxito, “o primeiro Código em sentido técnico foi o *Code Napoleon*”²⁹⁸.

Sem dúvida a “revolução Francesa foi um divisor de águas na história da humanidade”²⁹⁹. Os ideais libertários e a efervescência cultural, artística, social, filosófica, política, etc., fizeram nascer nova consciência nos povos, a partir da ocorrência de um sem-número de transformações. Instituíram-se, aí, a supervalorização do homem (individualismo, liberalismo) e a delimitação dos limites invasivos a que o Estado haveria de se circunscrever. Noutros termos, floresceu o Estado de Direito, com regras estatuídas previamente.

Há de se ter em vista, que o estado Burguês advinha de uma economia agrária, na qual a riqueza materializava-se na propriedade, sobretudo da terra. O direito privado, de um modo geral, era “saudado como ‘autêntico baluarte da liberdade’, pois o contrato, nele regulamentado, possibilitava o acesso à propriedade a todos, porquanto dotados de autonomia”. Ainda, “esta autonomia da vontade, confundida com a liberdade, era o corolário da igualdade formal”³⁰⁰.

Mas, a Revolução Industrial foi outro fato de alto quilate histórico e social determinante de profundas modificações, como nos esclarece Júlio Finger, advindo o “incremento do trabalho subordinado e das relações comerciais” e a “igualdade formal e o individualismo burguês, expresso na Constituição e nos Códigos, evidenciou-se, mais do que nunca, como forma de exploração”³⁰¹.

no campo do direito privado. (...) O código não é um pequeno livro inócuo, uma coletânea de artigos, o código é uma grande escolha, não só do ponto de vista do direito, mas também da antropologia jurídica”. P. 32

²⁹⁸ PEZZELLA, 1998. Idem, 39/41, passim.

²⁹⁹ SANTOS, José Camacho. O Novo Código Civil Brasileiro, em suas coordenadas axiológicas: do liberalismo à socialidade. *Revista Ajuris* – Ano XXIX, nº 88, Tomo I. Porto Alegre: Ajuris, dez/2002. p.195. Ainda: “O liberalismo apregoava a auto-suficiência e o hermetismo do Direito emanado do Estado. Supunha-se a neutralidade dos preceitos que o jurista devia seguir. O ser humano era visto como um fim em si mesmo, sujeito ou titular de direito (aí a conotação patrimonialista), em nível de abstração que ia às últimas conseqüências. As noções de igualdade pressupunham isonomia meramente formal ou abstrata”.

³⁰⁰ FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. IN *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p.89.

³⁰¹ FINGER, 2000, *Ibidem*, p. 90, salienta, ainda: “Basta se atentar que o contrato de trabalho, como nas demais espécies de contratos, e, nesse aspecto, o CCB não foi diferente, pressupunha ampla ‘autonomia de vontade’ para o empregador e empregado. Em realidade, os fatos vieram a demonstrar que é rigorosamente vazio afirmar-se que “ todos são iguais” como lembra Bobbio.”

Já o início do século XX foi marcado por formulações a nível doutrinário, especialmente, após a segunda grande guerra mundial, com a acentuada intervenção na economia. A despeito destas iniciativas, assevera Rogério Leal, que o “marco histórico mais incisivo delas restou consubstanciado pela Declaração Universal” (1948), consagrando “um consenso sobre valores jurídicos e políticos de alcance global”³⁰².

Consequentemente, com a mutação dos fatores político-sociais, adveio a ruptura do Estado Liberal para o Estado Social, alterou-se sensivelmente o centro geométrico do ordenamento jurídico, tendo-se em vista que os valores da sociedade não são mais aqueles apregoados pelo direito do Estado Liberal³⁰³, a “intervenção estatal na matéria econômica-jurídica”, demonstra, desta forma, a “superação do individualismo do século XIX, e a conseqüente decadência do liberalismo econômico e político.”³⁰⁴; a ideologia do social, traduzida em “valores de justiça social ou distributiva”, passou a dominar o cenário constitucional do século XX”³⁰⁵.

³⁰² LEAL, Rogério Gesta. RECK, Janriê Rodrigues. Possíveis dimensões jurídico políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. IN *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. T. 4. Organizadores LEAL, Rogério Gesta. REIS, Jorge Renato dos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 960 E, complementa: “Esta Declaração estabeleceu uma mediação de discurso liberal da cidadania até então vigente de forma hegemônica em face das economias de mercado transnacionais, com o discurso social que toma corpo e vulto, igualmente em face das conseqüências perversas de exclusão fomentadas pelo mesmo modelo de mercado e economia, trabalhando tanto direitos civis e políticos como direitos sociais, econômicos e culturais, contribuindo a demarcação conceitual e operacional contemporânea dos direitos humanos, deduzindo ser o valor da liberdade conjugado ao valor da igualdade”.

³⁰³ Para Paulo Bonavides o Estado Social é, “sob certo aspecto, decorrência do dirigismo que a tecnologia e o adiantamento das idéias de colaboração humana e social impuseram ao século.” BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972. (prefácio)

³⁰⁴ REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do Direito Privado e o novo Código Civil. IN *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Organização Rogério Gesta Leal. Tomo 3. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2003. P. 777. Preleciona Jorge Reis: “Passou, então, o Estado a intervir na organização da vida econômica a fim de estabelecer um equilíbrio entre os particulares, buscando diminuir as desigualdades materiais existentes. Na Europa chegou-se a estabelecer o Welfare State ou Estado Providência, para os franceses, ou, ainda, Estado do Bem Estar Social, onde o Estado deixou sua condição passiva de “não fazer” e passou a ter uma atuação ativa na efetivação de uma justiça social”.

³⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina>. Acesso em: 08 jun. 2005. Paulo Lôbo, assim define o Estado Social: O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.

Neste viés, as Constituições, que no paradigma burguês eram desinteressadas quanto às relações sociais, passam a preocupar-se com estas, incorporando os valores que, ao mesmo tempo, vão sendo expressos no ordenamento. “É certo que o legislador do Estado Social não está mais desvinculado da realidade histórica concreta de seu tempo, pois a força normativa dos novos preceitos pode emergir de um verdadeiro estado de necessidade”.³⁰⁶

A Constituição Brasileira de 1988, não foge a essa realidade, na medida em que, ao eleger a dignidade da pessoa humana e o pleno exercício da cidadania como fundamentos do ordenamento, e, ao consagrar a justiça distributiva, provocou uma profunda alteração no tecido normativo, exigindo uma mudança de mentalidade no operador do direito em todos os sentidos. Consequentemente produziu grandes transformações que permeiam, em termos de pressupostos, de qualificação e de interpretação, toda normativa infraconstitucional.

Nesta conjuntura, da amálgama do contexto de vãos migratórios do direito, onde sobre as cinzas do liberalismo oitocentista ressurgiram os direitos sociais aninhando a efetivação do verdadeiro Estado Democrático de Direito, ressurgiu o Direito Privado com novos parâmetros, reflexivos na esteira do Direito Constitucional brasileiro³⁰⁷. Como se diz, a ciência jurídica "se determina pelo que é útil à sociedade", sempre impregnada pelas "gotas de óleo social"³⁰⁸.

Diz-se, com certa dose de exagero, que o Direito Privado passou a ser o “Direito Constitucional aplicado”, pois nele se “detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor”. O “Direito Privado representa os valores sociais de

³⁰⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Novas Limitações do Direito de Propriedade: do espaço privado à função social*. *Revista do Direito*, nº 11, p. 33 a 46. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, jan/jun. 1999.

³⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira*. (texto, acrescido das notas bibliográficas, reproduz a conferência proferida na Faculdade de Direito de Coimbra, a 29 de março de 2000) *Revista Jurídica* – 2002. “Dito diversamente, a Constituição de 1988 retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado Social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um direito civil repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil. O Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, a Lei de Locações, de 1991, todos esses universos legislativos apresentam-se radicalmente diversos das legislações excepcional e especial de outrora”.

³⁰⁸ GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2 ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 2.

vigência efetiva³⁰⁹. Afinal, romperam-se as amarras com o liberalismo, nas asas deste vôo jurídico que se altera profunda e constantemente; não é apenas linear, mas tridimensional. Trata-se de percorrer novos horizontes, por onde vários outros mecanismos deverão ser construídos para dar vazão às convulsões sociais, respeitando as características de um mundo em constante expansão.

Não obstante, parafraseando Jorge Reis³¹⁰, o Direito Privado antecedeu o Direito Constitucional, além de ter sido acatado como um direito autônomo, apesar de estar adjungido ao sistema jurídico, que, por sua vez, tem como supedâneo e subordinação a norma maior – a Constituição. Desta forma a legislação infraconstitucional gravita (em torno e sob) na constelação do Direito Constitucional.

Nesse matiz, muito se tem falado na chamada "publicização" ou "constitucionalização" do Direito, não faltando quem já reputa-se o fenômeno como a sua "decadência" ou que a "publicização" do Direito Privado estivesse a revelar (em especial no Direito Civil) uma tendência ao desaparecimento deste ramo do direito. Neste jaez, tenta-se, através deste estudo buscar as conseqüências advindas de tal fenômeno para o ordenamento jurídico, em especial, da forma como a normativa constitucional influencia toda a legislação infraconstitucional.

Preliminarmente, faz-se premente tecer uma distinção entre publicização e constitucionalização, pois durante longo tempo cogitou-se de que ambos os termos teriam o mesmo significado. Todavia, são situações distintas. Como propõe Eros Grau, por vezes a "instituição ou o grupo de normas ou a norma passa de um ramo a outro, dá-se, então, a 'publicização' do direito privado". E lembra que, para designar a nova corrente de idéias, criou-se o "neologismo *publicização* do direito, que os políticos substituem por denominação outra, tal a de 'socialização do direito', como se o direito somente agora se revelasse uma ciência social"³¹¹. Eros Grau coloca a seguinte técnica usada pelos inovadores:

O 'direito social' designa o conjunto de regras que asseguram a igualdade das situações apesar das diferenças de fortunas, regras que socorrem os

³⁰⁹ LORENZETTI, p. 253.

³¹⁰ REIS, 2003, p. 771.

³¹¹ RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5ª ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 223/224

mais fracos, desarmam os mais poderosos e organizam a vida econômica segundo os princípios da justiça distributiva. Ora, para se alcançar esse resultado, preciso é recorrer-se a uma força superior a todos, ou seja, à força do Estado; e se esta força intervém nas relações privadas, o direito privado não pode deixar de ceder o passo às regras do direito público. A *publicização* é, pois, o meio de tornar social o direito³¹².

A designada publicização, conforme Netto Lobo, “compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do Século XX”. Em conseqüência, “tem-se a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos”. Mas, a existência de “mais ou menos normas cogentes não elimina a natureza originária da relação jurídica privada”, especificando-se, da “relação que se dá entre titulares de direitos formalmente iguais”, pois não é este o “campo próprio do direito público”³¹³.

É certo que o Estado social aboliu o critério de distinção tradicional, a saber, o interesse; o interesse público não é necessariamente o interesse social e os interesses públicos e privados podem estar embaralhados, tanto no que se considerava direito público, quanto no direito privado³¹⁴.

Segundo os arautos da superação da velha dicotomia entre Direito Público e Direito Privado (que mantém sua utilidade no plano didático) “têm em mente o grau de intervenção do Estado (legislador ou juiz) em certas relações, para considerá-las publicizadas”³¹⁵. Certo é que o “princípio da efetividade dos direitos fundamentais, cuja ‘força de irradiação’ [...] faz com que o Direito Privado, com os seus institutos, se torne de certa maneira uma província do Direito Constitucional”, mesmo assim, persiste “claras distinções (embora não mais dicotômicas) entre tais ramos jurídicos”³¹⁶.

³¹² RÁO, 1999, p. 225.

³¹³ LÔBO, 1999, “A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais, o direito do consumidor”.

³¹⁴ LÔBO, 1999. Idem. “No Estado social (*welfare state*) todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. O Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais. No Estado social, portanto, não é o grau de intervenção legislativa, ou de controle do espaço privado, que gera a natureza de direito público. O mais privado dos direitos, o direito civil, está inserido essencialmente na Constituição de 1988 (atividade negocial, família, sucessões, propriedade). Se fosse esse o critério, então inexistiria direito privado”.

³¹⁵ LÔBO, 1999. Idem.

³¹⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. IN *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 46.

Parafraseado Netto Lobo³¹⁷, deve-se visualizar a publicização como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos ditames de validez constituídos constitucionalmente. Mas cogita-se da necessidade do Direito Privado não perder sua especificidade, isto porque ele torna possível a múltipla diferenciação na sociedade, constituindo um valioso equilíbrio ao assistencialismo, além de reforçar o sentido de auto-responsabilidade do indivíduo³¹⁸.

Neste Juez, Facchini Neto coloca a necessidade da realização de uma “sociedade fundada sobre o direito privado que não seja nem separada e nem absorvida pelo Estado, mas que esteja a ele integrada, garantindo-se sua autonomia, em um sistema vinculado à Lei Fundamental”³¹⁹.

Como bem preleciona Gomes Canotilho, o “direito público visa a prossecução do bem comum”³²⁰, conseqüentemente, denota-se a “convergência de aspectos publicísticos e aspectos privatísticos em muitas relações jurídicas (direito económico, direito do trabalho, direito administrativo, etc)”, tornando-se preferível “adaptar um sistema pluralístico de relações jurídicas a um simples dualismo direito público/direito privado”³²¹. Há, dessarte, de se avançar “além da ‘publicização’ do Direito Privado, “esfacelado em microssistemas”³²². É necessário reconhecer, no entanto, que as disposições inseridas na Carta Constitucional “alteraram qualitativamente o conteúdo das categorias abordadas, num movimento de ruptura, buscando atender às aspirações da sociedade brasileira no limiar do novo século”³²³.

Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica

³¹⁷ LÔBO, 1999, passim.

³¹⁸ FACCHINI NETO, 2003, p.46/47, passim.

³¹⁹ FACCHINI NETO, 2003. Idem., p. 46

³²⁰ CANOTILHO, 1993, p 133. Gomes Canotilho apresenta a justificativa: “[...], justificando-se, por isso, um menor grau de vinculatividade jurídica deste direito em comparação com o direito privado (sobrevivência de um ‘espaço livre’ do direito para os poderes públicos prossecutores do bem comum)”.

³²¹ CANOTILHO, 1993. Idem, p. 133/134.

³²² FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de Família: curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 311

³²³ RAMOS, 1998, p. 10/11.

absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva)³²⁴.

Neste diapasão, acompanhando Carmem Ramos, a “publicização do direito regulador das relações privadas, e a concomitante privatização das normas aplicáveis à atividade do Estado”, verteu menos audível, ao crivo da ordem jurídica, a “distinção entre direito público e direito privado, sendo fenômeno reconhecido, como regra, nos sistemas jurídicos romanistas atuais”³²⁵.

Certo é, que as novas tendências do Direito Privado, em especial do Direito Civil brasileiro remete, conforme Edson Fachin, “à análise um paradoxo: de um lado, a recuperação discursiva da “publicização” de espaços classicamente privados, e de outro, o processo em marcha de *privatização do Estado*”, e complementa, “envia ao debate sobre os novos rumos do cerne do direito privado clássico, sua crise e transformação”³²⁶.

Para Tereza Negreiros, é liquidante o mote de que “a supervalorização da Constituição” (no plano ideológico) “reflete um apoio político aos valores ali consignados”. Até porque, a expectativa de “releitura do direito civil à luz da Constituição [...], importa numa nova ótica ideológica, determinada, entretanto, não pelo intérprete, mas pelo constituinte”³²⁷. É a lição de Gustavo Tepedino:

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição de direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: 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. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extra codificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes³²⁸.

³²⁴ RAMOS, 1998, p. 11.

³²⁵ RAMOS, 1998, p. 11.

³²⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Novas Limitações do Direito de Propriedade: do espaço privado à função social*. Revista do Direito nº 11, p. 33 a 46. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, jan/jun. 1999. p. 33

³²⁷ NEGREIROS, 1998, 180/181.

³²⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 7.

Assim, uma visão é ler o Direito Privado “naquela ótica produtivista”, outra é visualizá-lo “à luz da opção 'ideológico-jurídica' constitucional, na qual a produção encontra limites insuperáveis no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana”. Esta nova visão hermenêutica constitucionalizada de todo o Direito privado, em especial do Código Civil, tem como supedâneo “a normatividade dos princípios constitucionais” e, conseqüentemente submete-se a “concepção sistematicamente aberta do ordenamento jurídico, entendido o sistema como a ‘ordem teleológica de princípios’ constitucionais”³²⁹.

Ultrapassadas as considerações acerca dos fundamentos e publicização do Direito Privado, segue-se a tentativa de proceder à articulação entre as idéias de princípio de sistema jurídico, com objetivo de fundamentar uma perspectiva constitucionalizada de interpretação de toda a legislação infraconstitucional. Faz-se indispensável enfrentar a codificação na esfera brasileira contemporânea, divisando a abertura do sistema a partir dos códigos aos estatutos especiais, através da superação do sistema do Direito Privado clássico e sua constitucionalização.

2.2 Uma vez mais - Direito Privado constitucionalizado

O Direito brota da realidade do mundo dos fatos, as quais se impõem mesmo contra os códigos, ainda que muitos relutem em aceitar a sua natural força motriz. Como suporte fático o espaço-temporal é variável, a revisão dos conceitos (normas) tem de seguir na mesma proporção. Impossível pensar o Direito como algo pronto e acabado, ao contrário, tem que ser visto como um sistema em construção, móvel, aberto, permeável e sensível à natural evolução dos fatos e às constantes mutações axiológicas. Aí a imprescindibilidade de se considerar a realidade social contemporânea na edição da norma e, sobretudo, na vigente.

Uma Constituição como à brasileira, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera público-privada, outorga à cidadania um *status* formal e material de sujeitos da própria história, co-responsáveis pela construção cotidiana de um projeto de vida.

³²⁹ NEGREIROS, 1998, p. 181/182.

A priori, a função interpretativa dos princípios constitucionais, projetada em múltiplas direções, é aqui complementada pela noção de "princípios como conexões, axiológicas e teleológicas, entre a Constituição e a legislação *infra* constitucional". Infere-se, daí, que é através dos princípios constitucionais que se torna possível proceder a uma reconstrução constitucional do Direito Privado, "pois a função dos princípios, enquanto tais, é precisamente a de integrar e conformar a legislação ordinária à Lei Fundamental"³³⁰.

Dessarte, concordando com Walter Rothenburg, ao citar Gomes Canotilho: "Sempre tão feliz nas expressões que cunha, Canotilho (1993: 169) fala da *'idoneidade irradiante'* que lhes permite (aos princípios) 'ligar' ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional"³³¹.

No presente tópico, procurar-se-á lançar as bases da compreensão dogmática do Direito Privado constitucionalizado, como ponto de partida fundamental e preparatória para uma visualização da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, através do desenvolvimento dos seguintes itens: - a abertura do sistema e a constitucionalização do Direito Privado; - o sentido antigo e o sentido moderno da constitucionalização do Direito Privado; - o entrelaçamento entre o Direito Público e Direito.

2.2.1 A abertura do sistema e a constitucionalização do Direito Privado

Certo, que do alçar de novos vãos do Direito Constitucional brotaram anseios de ideais sociais, de solidariedade. Desta desconexão do pensamento liberal para o pensamento social produziu-se o renascimento de um direito, com mote "filosófico social, humanitário-solidária"³³², já, adjungido as pautas axiológicas constitucionais, refletido nas leis infraconstitucionais³³³.

³³⁰ NEGREIROS, 1998, p. 137/138.

³³¹ ROTHENBURG, 1999, p. 52.

³³² SANTOS, 2002, Op. Cit.. "Dessa maneira, frisou a submissão das leis infraconstitucionais à filosofia social, humanitário-solidária, que norteou a Lei Maior, estabelecendo aos operadores o rumo a seguir: defesa do social em vez do culto cego e egoístico ao individualismo vigorante ao tempo do Século das Luzes."

³³³ SANTOS, 2002, Ibidem. "A propósito desse rito de passagem, do liberal para o social, a Constituição Federal vigente logrou não apenas esquadrihar o homem em perspectiva diversa, mas,

Como conseqüência, a Constituição³³⁴ é “uma fonte que exerce uma influência, tanto direta, através de normas operativas, quanto indireta”, transformando o “espírito informador do Direito, e mudando os princípios gerais”. Sob esta égide, o Direito Privado atual adota uma permanente “perspectiva constitucional”, enquanto que a Constituição tem “disposições de conteúdo civilista aplicáveis ao âmbito privado”. Bem como, “tem em seu seio as normas fundamentais da comunidade, a sua forma de organizar-se, às quais se remete permanentemente o Direito privado.”³³⁵ Como bem expressa Ricardo Lorenzetti:

De outro ponto de vista, o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva. Por isso é que o Direito Privado se vê modificado por normas constitucionais. Por sua vez, o Direito Civil ascende progressivamente, pretendendo dar caráter fundamental a muitas de suas regras, produzindo-se então uma ‘constitucionalização do Direito Civil’³³⁶.

A terminologia, “*constitucionalização do Direito*”, conforme Luís Barroso, é de “uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos”. A idéia de constitucionalização do Direito analisada referencia o “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”³³⁷.

principalmente, instituir princípios axiológicos cogentes, autênticos fundamentos da República, a fim de determinar quais são as opções políticas da sociedade brasileira”.

³³⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado Governo Sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2003. p.101. Esclarece Norberto Bobbio: “Costuma-se chamar de “constitucionalismo” à teoria e à prática dos limites do poder: pois bem, o constitucionalismo encontra a sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais mas também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez que reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos.”

³³⁵ LORENZETTI, 1988, p. 252.

³³⁶ LORENZETTI, 1988, p. Idem, p. 253.

³³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 240. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun., 2005. p. 01-42. Quanto a locução constitucionalização do direito, refere-se Luís Barroso: “Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988”.

Por essa razão, o atual Direito Privado adota uma constante “perspectiva constitucional” em diferentes níveis. Convém salientar, que a “Constituição se projetou na ordem civil, disciplinando, a traços largos, a economia e o mercado e consagrando valores solidarísticos”, bem como “direitos diretamente oponíveis aos atores privados, como os trabalhadores”³³⁸.

No entanto, a ampliação do espaço constitucional, por si só, não bastou para elevar a “Constituição a posição de centro gravitacional do Direito Privado”. Somente com o “reconhecimento da ‘força normativa’ de toda a Constituição, em especial dos seus princípios”, é que concebeu o “ordenamento como uma unidade, na qual a Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte da sua atuação e o centro unificador de todo o direito infraconstitucional”³³⁹.

É necessário, lembrar que os princípios, de meio supletivo de interpretação, passam a “ser o elo entre o jurídico e o não jurídico, na medida em que permitem ‘respirar, legitimar, enraizar e caminhar’ o direito positivo”. Visualizando-se o campo específico do direito privado, este parece ser um processo, nas palavras de Tereza Negreiros, de “profundas e ainda não tangíveis mudanças: desaparece a idéia do Código Civil como ‘constituição da vida privada’, [...] surgindo a Constituição como centro, não apenas formal, mas valorativo da unidade do sistema como um todo”³⁴⁰.

Para Pietro Perlingieri o papel unificador do sistema, tanto em aspectos “civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”, perdendo, o Código Civil de vez a centralidade de outrora³⁴¹. Para tanto, os princípios tiveram real importância na releitura do direito civil, sendo indiscutível a concepção dos princípios como normas que se distinguem em um nível funcional:

A jurisprudência dos valores constitui, sim, a natural continuação da jurisprudência dos interesses, mas com maiores aberturas para com as exigências de reconstrução de um sistema de 'Direito Civil constitucional', enquanto idônea a realizar, melhor do que qualquer outra, a funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais, reconhecendo a estas

³³⁸ SARMENTO, 2006, p. 49.

³³⁹ SARMENTO, 2006, p. 49/50

³⁴⁰ NEGREIROS, 1998, p. 169.

³⁴¹ PERLINGIERI, 2002, p. 06.

últimas, em atuação dos princípios constitucionais, uma indiscutida (sic) preeminência³⁴².

Consoante adverte Martins-Costa, citando Miguel Reale, que a afirmação corrente de que “uma lei não deve ser interpretada segundo a sua letra, mas consoante o seu espírito” leva a considerar o conjunto de diretrizes que passaram a nortear a codificação de Direito Privado - “constituindo o seu travamento lógico e técnico, bem como a base de sua fundamentação ética”.³⁴³

Todavia, convém lembrar tema analisado no item 1.2 do primeiro capítulo desta dissertação, nas palavras de Konrad Hesse, de que a “força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade”. Haja vista, a Constituição jurídica converter-se “em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente [...]. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”.³⁴⁴

A salvaguarda da força normativa da Constituição será municiada na “medida em que, ao interpretar o Texto Constitucional, o intérprete integre sua atuação ao processo dinâmico de produção normativa constitucional e infraconstitucional”.³⁴⁵ O princípio da supremacia constitucional vem explanado no parecer de Luís Barroso e Ana Paula de Barcellos:³⁴⁶

Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter.

Como ilação, a Constituição exige que todos os atos praticados sob o seu escudo a ela “se conformem, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia (princípio da constitucionalidade)”, conforme adverte Júlio Finger. A “idéia de hierarquia normativa”, conseqüentemente está adstrita as normas constitucionais comporem “heterodeterminações negativas (oferecendo limites à legislação

³⁴² PERLINGIERI, 2002, p. 06/07

³⁴³ COSTA, 2002, p. 130.

³⁴⁴ HESSE, 1991, p.19

³⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *A interpretação constitucional como processo*. Porto Alegre: Juris Plenum – Edição 77, vol. 2, maio/jun.2004 – CD-ROM.

³⁴⁶ BARROSO, 2003, p. 360.

infraconstitucional) e positivas (conformando também o conteúdo material das normas hierarquicamente inferiores)”³⁴⁷.

Assim, pode-se afirmar que “todo o direito infraconstitucional é direito constitucionalizado”, inaceitável, portanto, “ter um direito civil autônomo em relação ao Direito Constitucional”³⁴⁸. Por essa razão, todo o standard normativo infraconstitucional deve se amoldar ao modelo axiológico constitucional, não bastando, para Cortiano Junior, que “o legislador inferior passe a expedir normas que vão ao encontro da ordem constitucional”. É fundamental que mesmo as normas “ditas inferiores já existentes” sejam reconhecidas, “interpretadas e aplicadas de acordo com o preceito constitucional. A Constituição passa a se constituir como o centro de integração do sistema jurídico de direito privado”.³⁴⁹

Dentro deste consenso, a constitucionalização do Direito Civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos da validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudança de paradigmas, por que passou o Direito Privado, no trânsito do Estado Liberal para o Estado Social, acabando por receber no seu bojo toda a influência daí emanada.

Convém, ainda, lembrar que o “Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva”³⁵⁰. Modernamente, podemos encontrar, sob dois enfoques, o “fenômeno da constitucionalização do Direito Privado”, como bem preleciona Facchini Neto³⁵¹:

No primeiro deles, trata-se da descrição de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc) passaram a serem disciplinados também nas constituições contemporâneas”... Esse segundo aspecto é mais amplo do que o primeiro, pois implica analisar as conseqüências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, especialmente na área dos direitos fundamentais, individuais e sociais. Assim, o fenômeno pode ser

³⁴⁷ FINGER. 2000, p. 93.

³⁴⁸ FINGER, 2000. Ibidem, p. 94.

³⁴⁹ CORTIANO JUNIOR, 1998, p. 37.

³⁵⁰ LORENZETTI, 1988, p. 253.

³⁵¹ FACCHINI NETO, 2003, p. 36/37

compreendido sob determinada ótica hermenêutica, aquela da interpretação conforme a Constituição.

Sendo o texto constitucional, conforme Lênio Streck, em seu todo, “dirigente e vinculativo”, é indispensável observar, rigorosamente, o “fato de que todas as normas (textos) infraconstitucionais, para terem validade”, prescindem fundamentalmente, da passagem “pelo processo de contaminação constitucional (banho de imersão [...], ou filtragem constitucional [...]).”³⁵²

Desta filtragem constitucional, advém a presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, face a interpretação conforme a constituição, ou seja, relação de tais normas com o princípio da irradiação (indicativo de conteúdo para o direito infraconstitucional). Diga-se, *an passan*, que esta eficácia de irradiação não implica, contudo, em uma anulação dos diferentes ramos do direito infraconstitucional, pois, trata-se, tão somente, de uma interação - a constitucionalização do Direito Privado³⁵³.

Por este prisma, a Constituição passa a ser, não apenas um sistema em si (com a sua ordem, unidade e harmonia), mas em especial um novo modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Como anteriormente apontado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem, como sua principal baliza, a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma visão constitucional³⁵⁴.

A partir desse ponto, seguiu-se a trajetória do estudo sobre o processo de constitucionalização do Direito Privado, combinado com os reflexos dele emanados, uma vez que interferem nas diversas esferas jurídico-sociais, condicionando a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. A análise de tal fenômeno implica na visualização e compreensão do seu sentido antigo e sentido moderno, ligados a força normativa dos princípios e à interpretação conforme a Constituição.

³⁵² STRECK, 1999, p. 248

³⁵³ STRECK, 1999. Idem, p. 248/249, Passim.

³⁵⁴ FACCHINI NETO, 2003, p. 36. Referências neste sentido.

2.2.2 O sentido antigo e o sentido moderno da constitucionalização do Direito Privado

Acompanhando José Sampaio, há de se considerar que a “experiência do mundo supõe sempre a dimensão hermenêutica”, ou seja, impõe a sociedade “uma existência que somente pode ser compreendida linguisticamente”. Deve a experiência sobrepujar a “tradição sob pena de fracassar exatamente por causa dela. O novo deixaria de sê-lo, se não tivesse de se afirmar contra alguma coisa”³⁵⁵.

Em face disso, cabe indagar: a Constituição de 1988, entendida como o novo, tem condições de triunfar sobre a tradição (inautêntica) do direito, forjada no velho/ultrapassado modelo-liberal-individualista-normativista? Para uma resposta a essa indagação, é preciso compreender que o desvelar do novo *pressupõe a desconstrução/destruição da tradição jurídica inautêntica*, mergulhada na crise de paradigmas. [...] Nesse sentido, o acontecimento da Constituição (e do direito constitucionalizado) será a revelação dessa existência do jurídico (constitucional), que está aí, ainda por descobrir.³⁵⁶

Para Jorge Reis, a “preocupação do estudo do direito privado vinculado aos preceitos constitucionais é recente, tanto no Brasil, como nos demais países”. Apesar de sempre ter sido dada a devida atenção a “interpretação do sistema positivo do Direito Privado de acordo com os preceitos da doutrina dogmática”, as alterações introjetadas ao “Código Civil pátrio, principal diploma de Direito Privado, desde seu surgimento em 1916, não afetaram a sua estrutura determinada pelo legislador original”, ocasionando reformas unicamente de “ordem estrutural”. “Extraíram de sua competência diversas matérias que passaram a ser reguladas por leis extravagantes denominadas de microssistemas jurídicos”, sem, no entanto, interferirem no sistema do Código³⁵⁷. Tem-se, neste traçado, a “inevitável fragmentação do direito privado”. Esclarece Facchini Neto, “a matéria privada que

³⁵⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. José Adércio Leite Sampaio Coordenador. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 110.

³⁵⁶ SAMPAIO, 2003. Idem., p. 111. “O acontecer (*Ereignen*) será, assim, a des-ocultação do que estava aí encoberto (sentido entulhado de Constituição e do direito como mecanismo de resgate das promessas da modernidade). Isto, à evidência, não implica entender que a Constituição (seu texto) tenha que ter “um sentido”, mas, sim, que haja “um sentido de Constituição que exsurge da proposta civilizatória do Estado Democrático de Direito, calcada na realização dos direitos fundamentais e da função social do direito”.

³⁵⁷ REIS, 2003, p. 785.

antes estava concentrada nos códigos civis e comerciais, passou a ser tratada em leis especiais, naquele fenômeno que foi chamado de *a era dos estatutos*³⁵⁸.

Para explicitar o confronto entre o sentido antigo e sentido moderno da constitucionalização do Direito Privado, “atravessado pela crise de paradigmas”, prescinde-se de uma confrontação entre o modelo tradicional de direito com o “novo modelo de direito (Estado Democrático de Direito, representado pela Constituição de 1988 e sua substancialidade principiológica)”³⁵⁹.

Em vãos traçados sobre os modelos de direito, acompanha-se os termos de Luís Barroso, ao invocar o Direito como “uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social”. Situa-se o modelo tradicional com a raiz “jurídica romano-germânica” gestada no entorno das relações privadas, tendo como centro do sistema o Direito Civil³⁶⁰. Relembrando análises feitas no primeiro capítulo sobre a modernidade, cita-se:

O Estado moderno surge no século XVI, [...] sobre as ruínas do feudalismo e fundado no direito divino dos reis. Na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria prima das revoluções francesa e americana. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com *status* e ambição de ciência³⁶¹.

Arrimado no exposto, concebe-se dogmática jurídica tradicional, tendo como características, caráter científico, emprego da lógica formal, pretensão de completude, pureza científica, racionalidade da lei e claro, a neutralidade do intérprete³⁶². Neste crivo, compreendia-se o Código Civil como a “constituição

³⁵⁸ FACCHINI NETO, 2003, p. 30. “De um sistema monolítico, representado pelos códigos totalizantes do séc. XIX (cuja idéia, porém, continua viçosa durante boa parte do séc. XX), passou-se a um polissistema ou plurissistema”.

³⁵⁹ SAMPAIO, 2003, p. 110/111. “...nada melhor que a lição de Gadamer, para quem toda experiência é confronto, pois ela opõe o novo ao velho, não sendo possível aquilatar se esse novo prevalecerá, tornando-se, assim, uma experiência, ou se o velho reconquistará a sua consistência”.

³⁶⁰ BARROSO, 2003, p. 12.

³⁶¹ BARROSO, 2003. Idem, p. 12.

³⁶² BARROSO, 2003. Idem, p. 13. Neste sentido, completa Luís Barroso: “Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo. Têmis, vendada, balança na mão, é o símbolo maior, musa de muitas gerações: o Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade”.

privada”, tendo como pano de fundo a “divisão entre o direito público e direito privado”³⁶³.

Para a exata compreensão do direito civil clássico é necessário dividir que o Código de Napoleão (e os demais códigos que se seguiram) se destinava a consolidar os direitos fundamentais reconhecidos pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, [...] fruto da Revolução Francesa. A Revolução Burguesa inaugurou, como se sabe, o Estado Liberal, baseado na igualdade formal, expressa na máxima segundo a qual “todos são iguais perante a lei”³⁶⁴.

Saliente-se, que sob o pálio do “modelo engendrado pelo liberalismo, dois séculos atrás, o qual, embora tenha sido atualizado em seu conteúdo, refletindo a mesma concepção das relações entre os homens há duzentos anos”³⁶⁵, ascendeu e manteve-se o arcabouço do Código Civil Brasileiro de 1916³⁶⁶.

A partir da segunda metade do século XX, o Direito “já não cabia mais no positivismo jurídico”. Nesse contexto, “o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional”. Consoante, mesmo antes da edição de um novo Código Civil, “a legislação infraconstitucional pátria, por força dos princípios normativos constitucionais, já era objeto de nova interpretação, em razão da mudança de paradigma advinda da Constituição social de 1988”³⁶⁷. É deveras interessante a síntese posta por Luís Barroso:

Quando a noite baixou, o espaço privado invadira o espaço público, o público dissociara-se do estatal e a desestatização virara um dogma. O Estado passou a ser o guardião do lucro e da competitividade. No *direito*, a

³⁶³ FINGER, 2000, p. 86.

³⁶⁴ FINGER, 2000. Idem, p. 86/87. Ainda, historicamente: “‘Era da Codificação’, produto jurídico desse contexto histórico, teve dois grandes momentos: o Código Napoleão, de 1804, que foi o seu início, e o BGB, de 1896, produto da pandectística alemã. Embora com um sensível declínio, a ‘Era dos Códigos’ ainda se perpetuou nas chamadas “codificações tardias”, entre as quais o Código Civil Brasileiro”.

³⁶⁵ RAMOS, 1998, p. 11/12.

³⁶⁶ FACCHINI NETO, 2003, p. 33. Esclarece, Facchini Neto, a respeito do sentido antigo da constitucionalização do Direito: “Como as constituições liberais, flexíveis, não possuíam eficácia vinculante frente ao legislador ordinário, não somente não tinham elas força para provocar ou programar modificações futuras no âmbito do direito privado, como também não eram capazes de desempenhar uma função protetiva do direito privado existente. Em outras palavras, eram documentos de acentuada natureza política, sem força jurídica para garantir a conservação do existente nem para impulsionar a conformação do futuro, no âmbito das relações privadas. Quanto à função de garantia, não era ela necessária, já que os princípios básicos do direito privado não corriam nenhum perigo. Na verdade, como já salientado, eram os próprios códigos civis que exerciam a função de verdadeiras constituições no âmbito das relações jurídicas privadas.”

³⁶⁷ BARROSO, 2003, p. 28.

temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, *delegificação*, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas³⁶⁸

Dava-se, então, o prelúdio da nova Constitucionalização³⁶⁹ do Direito Privado. Diz-se nova, em face da mudança paradigmática: contemporaneamente o “processo de constitucionalização objetiva submeter o direito positivo privado aos fundamentos da validade constitucionalmente estabelecidos”, ou seja, proceder uma “releitura do direito civil à luz dos princípios e regras constitucionais”³⁷⁰. É interpretar o Direito Privado à luz da constituição e não o contrário.

Notadamente, o constitucionalismo contemporâneo requesta a “volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito”. Portanto, os princípios constitucionais, “explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico”. Eles refletem “a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins”, dando “unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas”³⁷¹. Tais mutações redefiniram o norte da Constituição na ordem jurídica brasileira, apesar de o “constitucionalismo, por si só, não é capaz de derrotar algumas das vicissitudes que têm adiado a plena democratização da sociedade brasileira”³⁷².

³⁶⁸ BARROSO, 2003, p. 04.

³⁶⁹ BARROSO, 2005, p. 06. Luís Barroso aponta: “Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos”.

³⁷⁰ REIS, 2003, p. 786/787. “Assim, as normas infraconstitucionais tinham de ser moldadas a esse paradigma do direito pátrio, determinado pelos princípios constitucionais, muito especialmente, como já se disse, os dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial”.

³⁷¹ BARROSO, 2003, p. 29. “O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. p. 38.

³⁷² BARROSO, 2003. Idem, p. 43-45. “De fato, nas últimas décadas, o Código Civil foi perdendo sua posição de preeminência, mesmo no âmbito das relações privadas, onde se formaram diversos microssistemas (consumidor, criança e adolescente, locações, direito de família). Progressivamente, foi se consumando no Brasil um fenômeno anteriormente verificado na Alemanha, após a Segunda

O novo Direito Constitucional brasileiro, “cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país”, foi obra de mudanças de paradigma: - “a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição” e o incremento de uma nova “dogmática da interpretação constitucional, [...] e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional”³⁷³. Como bem explicita Edson Fachin:

O que fecha as cortinas do palco deste século XX, na complexidade e no paradoxo, abre a possibilidade de falar da diversidade, uma nova comunhão. Não se trata, é certo, de uma proposta iconoclasta de desconstrução do Direito Civil, de um mergulho no nihilismo, com uma diversidade caótica a repelir qualquer unidade. Esta pode persistir, não sendo mais, porém, caracterizada pelo engessamento da codificação, mas constituindo uma unidade principiológica, centrada na Constituição, com respeito à complexidade e à dinâmica dos novos tempos³⁷⁴.

Seguindo esta linha de pensamento, ultima-se pelo desaparecimento do Direito Privado próprio do “Estado Liberal clássico, aquele centrado no individualismo e patrimonialismo que o caracterizou”, para dar espaço ao Direito Privado amparado nos valores constitucionais, comprometido com o seu tempo e com o aprimoramento de sua relação com os direitos fundamentais, assumindo feições específicas e diferenciadas, sem afastar os elementos comuns a principiar pela circunstância básica de que qualquer “aspecto que diga com os direitos fundamentais e o Direito Privado, em última análise, envolve o problema da Constituição na qual aqueles são assegurados e as suas relações com a ordem jurídica privada”. Certo é que a “constitucionalização do Direito Privado constitui um fenômeno que, em virtude de sua amplitude, não se restringe às relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado”³⁷⁵.

Guerra: a passagem da Lei Fundamental para o centro do sistema. À supremacia até então meramente formal, agregou-se uma valia material e axiológica à Constituição, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”.

³⁷³ BARROSO, 2003, p. 29.

³⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. (em Nota prévia á segunda publicação).

³⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. IN *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado* / José Luis Bolzan de Moraes...[et al.]; organização Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 160.

A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. Assim a concepção jurídica não mais se amolda à racionalidade dos Códigos tais como foram concebidos tradicionalmente, no pós-moderno, institui-se uma nova racionalidade, desvinculada da razão silogística com base numa Constituição do Homem Privado, devendo a codificação infraconstitucional prender a si a garantia da continuidade do ordenamento constitucional, salvaguardando os relacionamentos sociais, com aporte na unidade do sistema. Tal unidade e coerência é o suporte para aventurar, a partir de então, a uma análise sobre a superação dicotômica entre o Direito Privado e o Direito Público.

2.2.3 Direito Público e Direito Privado – superando distâncias

Face a apreciação feita até este ponto sobre a constitucionalização do Direito Privado, transverbera inquestionável o fato de que atualmente a Constituição configura-se como o principal mecanismo de captação dos valores sociais e como sistema irradiador dos valores fundamentais sobre a codificação privada, como fruto do intenso labor democrático que ocorre na origem da Carta Política. Torna-se cogente, afirmar que, “não existem mais matérias absolutamente públicas ou absolutamente privadas”. Há, sim, matérias em que “preponderam interesses públicos e outras em que preponderam interesses privados”, mas aqui, salienta-se que “interesses públicos e privados estão imbricados; eles se correlacionam dentro de diversos institutos e, principalmente em nível constitucional”³⁷⁶.

Neste item do presente trabalho procurar-se-á averiguar algumas premissas histórico-ideológicas relacionadas com o “ocaso da visão dicotômica que dividia o mundo jurídico em direito público e direito privado e sua repercussão no mundo jurídico, com destaque aos “momentos em que houve o primado do privado sobre o público, sucedido pelo primado do público sobre o privado, destacando os pressupostos ideológicos de tal oscilação”. Evidentemente, que tal tema, carrega consigo as “questões ligadas aos fenômenos da publicização do direito privado e da

³⁷⁶ BARLETTA, 1999, p. 285.

privatização do direito público”, além de relacionar-se com o “esforço para tornar não só juridicamente eficazes, mas principalmente socialmente efetivos os direitos fundamentais”³⁷⁷.

A célebre distinção entre Direito Público e Direito Privado, “destinada a se tornar uma das grandes dicotomias do pensamento jurídico de todos os tempos”³⁷⁸, traz a expressão “dicotomia”³⁷⁹ como o ponto nodal. Além disso, conforme Norberto Bobbio, os “dois termos de uma dicotomia condicionam-se reciprocamente, no sentido de que se reclamam continuamente um ao outro”, mas, no entanto, mutuamente se delimitam, no sentido de que a esfera do público chega até onde começa a esfera do privado e vice-versa”³⁸⁰.

Facchini Neto afirma que a identificação do problema da citada dicotomia, “costuma vir acompanhada pela afirmação da supremacia do direito público sobre o direito privado”. Desta forma, “a uma visão supostamente descritiva da natureza das coisas, passa-se imperceptivelmente a uma visão prescritiva, carregada de valor ideológico”.

A clássica bipartição romana do Direito em Público e Privado não corresponde a atual realidade jurídica, ante a complexidade das relações da sociedade moderna. O constitucionalismo e a codificação”, como já foi visto e é corroborado por Netto Lôbo, “são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico”. Tendo cada um cumprido com a sua função, ou seja, “um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação)”³⁸¹. Todavia, é nítida a superação da dicotomia Direito Público e Privado, vislumbrando-se em alguns ramos da ciência jurídica, pontos comuns de contato com um e outro ramo.

³⁷⁷ FACCHINI NETO, 2003, p. 12.

³⁷⁸ FACCHINI NETO, 2003, p. 13.

³⁷⁹ BOBBIO, 2003, p. 13. Segundo Norberto Bobbio, pode-se falar em “dicotomia quando nos deparamos com uma distinção da qual se pode demonstrar a capacidade: a) de dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode estar simultaneamente compreendido na segunda [...]”.

³⁸⁰ BOBBIO, 2003. Idem, p. 14.

³⁸¹ LÔBO, 1999,

A distinção entre Direito Público e Direito Privado deve, segundo Gomes Canotilho, “desvincular-se da *pré-compreensão ideológica* que, por vezes, lhe está subjacente”³⁸². Assim o Direito Constitucional é Direito Público, qualquer que seja a teoria preferentemente adotada para alicerçar a distinção entre Direito Público e Direito Privado³⁸³.

O Direito Constitucional é um ramo de Direito dotado de certas características especiais. “Tem uma ‘voz’ específica expressa através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas”. Tais subsídios permitem individualizá-lo de outras “constelações normativas do ordenamento jurídico”. Desta forma as normas constitucionais, concebidas por Gomes canotilho como “*heterodeterminações positivas e negativas* das normas hierarquicamente inferiores”, implicam na “conversão do *direito ordinário* em *direito constitucional concretizado*”³⁸⁴.

Como determinantes negativas, as normas de direito constitucional desempenham uma *função de limite* relativamente às normas de hierarquia inferior; como *determinantes positivas*, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas constitucionais) e infra-ordenado [...], mas também uma verdadeira conformidade material. De acordo com esta perspectiva, não se pode falar, por ex., do direito civil como direito autónomo em relação ao direito constitucional: o direito civil não pode divorciar-se das normas e princípios constitucionais relevantes no direito privado³⁸⁵.

³⁸² CANOTILHO, 1993, p. 133. Assim, clarificou-se que a “contraposição direito público/direito privado pressupõe e pressupõe uma inequívoca pré-compreensão ideológica: (a) o direito público é mais poder que direito (dicotomia poder/direito); (b) o direito público visa a prossecução do bem comum, justificando-se, por isso, um menor grau de vinculatividade jurídica deste direito em comparação com o direito privado (sobrevivência de um ‘espaço livre’ do direito para os poderes públicos prossecutores do bem comum); (c) o direito público tem um carácter autoritário e o direito privado uma natureza consensual [...]”. Abstem-se, aqui, de aludir à questão macro-estrutural das grandes divisões do direito.

³⁸³ CANOTILHO, 1993, p. 134/135, passim. Para a diferenciação entre Direito público e Direito Privado, Gomes Canotilho utiliza-se de diferentes critérios: - “da posição dos sujeitos (também chamado «critério da sujeição» ou «critério da subordinação»)[...]; a “*teoria dos interesses* preferentemente protegidos numa relação jurídica ou através de uma norma jurídica (protecção de interesses individuais - direito privado; protecção de interesses públicos”; - a “*teoria da especialidade* [...] arranca da ideia de que o direito público é um ‘direito especial’, exclusivamente regulador dos direitos e deveres de titulares de poderes públicos. Todavia, e embora um número significativo de normas do direito constitucional vise regular direitos e deveres dos poderes públicos [...], muitas outras normas de direito constitucional têm como destinatários entidades privadas [...]”.

³⁸⁴ CANOTILHO, 1993, p. 138.

³⁸⁵ CANOTILHO, 1993, p. 139. E, observa que: “de forma mais intensa, o direito constitucional é concebido como parâmetro material do direito administrativo, aludindo os autores ao direito administrativo como direito constitucional concretizado [...]; o direito processual [...] concebe-se hoje como direito materialmente vinculado às normas e princípios constitucionais e, nesse sentido, se fala da crescente ‘constitucionalização’ da ordem processual e da ‘constitucionalidade da jurisprudência”.

Neste desiderato, a dicotomia do Direito na esfera pública/privada, atualmente, não se reporta a um “dualismo absoluto de relações jurídicas públicas/ relações jurídicas privadas, aludindo-se antes à ordem jurídica como uma *ordem pluralista de relações jurídicas*”³⁸⁶. Como corolário ocorreu a superação da “divisão, a qual, mais que metodológica, expressava toda uma visão do ordenamento jurídico: a absoluta separação entre direito público e direito privado”³⁸⁷.

“A interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o Estado”. Como implicação advém a “alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa”, sendo de difícil precisão a qual é o território do Direito Público e qual o do Direito Privado. Coloca, Gustavo Tepedino que talvez possa-se “determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado”, mas não pela procedência de “intervenção pública nas atividades de direito público ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública”.³⁸⁸

Parafraseando Facchini Neto, diz-se que “é o fim das dicotomias”. Claro que subsistem diferenças, todavia elas são meramente “quantitativas, pois há institutos onde predominam os interesses da sociedade, embora funcionalizados à realização dos interesses existenciais dos cidadãos”³⁸⁹. Como superveniência, a gama de transformações ocorridas no interior da ordem privada, o “direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários”, neste viés, o “direito

³⁸⁶ CANOTILHO, 1993. p. 134. “A distinção direito público/direito privado não é uma *divisio* susceptível de captação apriorística, devendo antes basear-se na ordem jurídica positiva. Finalmente, a distinção entre público e privado não assenta em categorias ontológicas apriorísticas: em face de cada ordem jurídica positiva se deverão determinar as dimensões publicísticas ou privatísticas das várias relações jurídicas”.

³⁸⁷ FACCHINI NETO, 2003, p. 29. Complementa citando Maria Celina Bodin de Moraes: “defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão”. É o fim das dicotomias. Subsistem diferenças, porém elas são meramente “quantitativas”, pois há institutos onde predominam os interesses da sociedade, embora funcionalizados à realização dos interesses existenciais dos cidadãos.”

³⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 19-20

³⁸⁹ FACCHINI NETO, 2003, p. 29

privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão³⁹⁰.

De nada serve, pois, permanecer, indefinidamente, repisando que os “conceitos jurídicos fundamentais de direito privado são aqueles contidos na sistemática codicística, quais sejam, a autonomia privada e seus desdobramentos, a propriedade e o contrato”. Urge, em adverso, “buscar perceber e valorar o significado profundo, marcadamente axiológico, da ‘constitucionalização’” do Direito Privado, afinal, como adverte Bodin de Moraes sempre há “defasagens entre a nova consciência social (teoria) e o comportamento que dela é resultante (práxis) [...], de modo que o grande esforço de efetivação dos novos valores ainda não foi completado.³⁹¹

Ora, certo que as mutações têm características estruturais, “o sistema de direito privado está à espera da redefinição do fundamento e da extensão dos seus principais institutos jurídicos, da reposição de seus conceitos estruturantes”. É necessário que o privatista cumpra o desafio de restabelecer, para a “adequada e coerente reconstrução do sistema”, restabelecer o “primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas³⁹²”.

Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos. Definitivamente, parafraseando Facchini Neto, decorre da constitucionalização do direito civil, a migração para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como “verdadeiro *primus inter paris*, o princípio da dignidade da pessoa humana”.³⁹³

Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Daqui, já se

³⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista de Direito Civil* n.º. 65, 1993. p. 26.

³⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. In *Revista dos Tribunais*, vol. 779, set./2000. p. 46-63, passim.

³⁹² MORAES, 2000. *Ibidem*, passim.

³⁹³ FACCHINI NETO, 2003, p. 33.

caminha para o passo final da incursão teórica do segundo capítulo, buscando verificar, arrimado na constitucionalização do Direito Privado, a possibilidade de ruptura da abstração instituída pela codificação tradicional, ultrapassando sua provável incomunicabilidade: a eficácia protetiva dos Direitos Fundamentais e a necessidade de sua concreção na dimensão das relações interprivadas, com ênfase na proteção da pessoa humana pelo Direito Privado.

2.3 Constituição e Direito Privado: a incomunicabilidade e sua ultrapassagem: Direitos Fundamentais

“Apesar do ocaso das grandes dicotomias”, da queda de fronteiras rígidas entre o público e o privado, “dos fenômenos contrapostos da publicização do direito privado e da privatização do direito público”, além do fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, mantém-se uma tênue linha gris que ainda “persiste no espaço próprio do direito privado, que não restou absorvido pelo direito constitucional”³⁹⁴.

Todavia, a esfera do Direito privatista “perdeu as suas antigas características de um direito individualista e materialista, para tornar-se mais solidário e ético, passando a ter uma verdadeira função social”. Ocorreu uma profunda evolução, do ponto de vista das “estruturas dogmáticas do Direito objetivo”, no sentido da “despatrimonialização do direito civil, em função do advento do correlato movimento em prol da sua repersonalização”, ou seja, a prioridade passa para “as situações não-patrimoniais, buscando-se dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana”³⁹⁵.

Aliás, do ponto de vista finalístico, o Direito pode ser instrumento de Justiça, de equilíbrio contratual e de inclusão social na sociedade atual”, atuando como “uma função emancipatória, que historicamente lhe foi sonogado”³⁹⁶.

³⁹⁴ FACCHINI NETO, 2003, p. 54

³⁹⁵ FACCHINI NETO, 2003, Idem., p. 54/55.

³⁹⁶ FACCHINI NETO, 2003, Idem, p. 55.

Certo é que se encontra o real problema da “realização do Direitos Fundamentais, a partir de um viés particular: o da possibilidade técnica de concretização e expansão dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado”³⁹⁷, no horizonte traçado pela Constituição, até porque, como magistralmente salienta Edison Fachin, trata-se de “*não só interpretar a realidade social mas também transformá-la*”³⁹⁸.

Por este traçado, objetiva-se visualizar, mais estreitamente, a capacidade do Direito Privado contemporâneo, sob a égide dos princípios constitucionais, de operar como uma “*estrutura receptora dos direitos fundamentais*, difundindo-os nas relações interprivadas e contribuindo com a construção de uma nova noção de *pessoa humana*”³⁹⁹.

2.3.1 A incomunicabilidade e a abstração instituída pela codificação tradicional: rompendo barreiras, alçando novos vãos

Antes mesmo de se pensar em termos de Direito contemporâneo, faz-se mister compreender a “ruptura causada pela codificação dos direitos civis, um momento histórico em que se rompe com a pluralidade das fontes do direito medieval e se constrói a estrutura do direito sobre o alicerce da lei”. Até porque, a modernidade do Direito Privado veio representada pelos códigos, como esclarece Maria Cristina Pezzella, “a era da codificação dos direitos privados [...] representa uma profunda ruptura do passado com o presente, e os cultores do direito comparado apontam o *civil law* como uma área que sofreu uma profunda descontinuidade”⁴⁰⁰.

Neste período em que se desenvolveram o “Constitucionalismo e a Codificação modernos, os indivíduos se definiam como átomos”. Assim, pontua Martins Costa, que em face do rompimento dos “antigos liames estatutários e comunitários característicos do *Ancien Règime*”, opera-se “uma dicotomia fundamental, base de

³⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. P. 62.

³⁹⁸ FACHIN, 1998, In: Nota prévia à segunda publicação.

³⁹⁹ MARTINS-COSTA, 2003, p. 63.

⁴⁰⁰ PEZZELLA, 2003, p. 31.

tantas outras que se lhe seguirão”, referindo-se à dicotomia que passou a opor Sociedade Civil e Estado”⁴⁰¹.

A noção de pessoa como "sujeito de direitos" passara a substituir a idéia de *estados*, Essa substituição não se fez neutralmente: a palavra "Estado" torna-se singular e maiúscula, e o termo "pessoa" passa a ser identificado com a expressão "sujeito de direito", um sujeito que é um *simulacro*, o sempre-igual termo da relação jurídica, abstraído, descarnado das concretas pessoas.⁴⁰²

Não se pode olvidar, conforme esta autora, que essa concepção deixou profundos fundos sulcos na maneira de compreender a extensão do campo jurídico e, conseqüentemente de verificar a relação: Constituição e Código Civil, Direitos Fundamentais e espaço das relações interprivadas. “Um dos mais profundos sulcos - verdadeiro marco divisório nesse relacionamento - pode ser denominado de ‘o modelo da incomunicabilidade’”. O Direito Público e o Direito Privado seguiam rumos distintos, “conformavam dois mundos apartados, e apartados eram também *valorativamente*, à Constituição cabendo tratar do interesse do estado, ao Código Civil, cuidar dos interesses do indivíduo”⁴⁰³.

Cumpre, lembrar, aqui, que a divisão dicotômica e sua superação, em vários aspectos, já foi motivo de análise no item 2.2.3 - Direito Público e Direito Privado – superando distâncias, portanto deixa-se de proceder a maior apreciação.

Como resposta característica do século XIX, ao movimento de codificação, que representou “o coroamento dos ideais racionalizadores do Iluminismo, que buscava assentar o direito sobre bases seguras e unitárias”⁴⁰⁴, surge o “*modelo da*

⁴⁰¹ MARTINS-COSTA, 2003, p. 64

⁴⁰² MARTINS-COSTA, 2003, Ibidem

⁴⁰³ MARTINS-COSTA, 2003, p. 65. “Constituição e Código Civil andavam paralelos, como mundos que não se tocavam senão sob o aspecto formal, em razão do princípio da hierarquia das leis e dos cânones que guiam a vigência da lei no tempo e no espaço. Afora esses pontos de contato formais, os dois principais estatutos normativos da vida na *civitas* pouco se relacionavam: configuravam campos diversos (um, o estatuto do Estado e do homem político, outro, o estatuto da sociedade civil e do cidadão-proprietário); seus objetivos eram diversos, eram as matérias que continham; [...]”.

⁴⁰⁴ SARMENTO, 2006, p. 67,68. “A consagração política do princípio da igualdade, com a abolição dos privilégios estamentais, exigia a existência de um direito único para todas as pessoas, que deveria primar pela generalidade e abstração, e regular, de modo completo e exaustivo, as relações sociais. [...] Os códigos encampavam assim os interesses da burguesia, protegendo a propriedade e a autonomia contratual, e conferindo segurança ao tráfico jurídico, essencial para o desenvolvimento do capitalismo. Viviam-se, como registrou Natalino Irti, na ‘Era da Segurança’, na qual o protagonismo cabia ao burguês proprietário, sujeito de direito e pai de família. Embora todos fossem iguais e autônomos perante o Código, dentro do modelo de produção capitalista só o burguês possuía bens

incomunicabilidade", apresentando um padrão "fundamentalmente dicotômico, assentado naquela posição de base entre a Sociedade Civil e o Estado"; fator de contornos particulares no Brasil. Tal dicotomia traduz-se, por igual, na "estatuição dos campos do Direito Privado e do Direito Público: um será o direito da sociedade civil, outro será o direito do Estado". E, nos termos de Martins Costa: "como num espelho - onde os reflexos são pelo transverso – a dicotomia importará numa *assimilação*: livre é a pessoa proprietária, o 'sujeito proprietário': a liberdade será assimilada à propriedade"⁴⁰⁵.

Como supedâneo do modelo da incomunicabilidade, o Direito Privado tinha a linha mestra de garantir as regras do jogo, "estabilizando as relações econômicas, e ele o fazia assentando-se sobre dois pilares: propriedade e contrato", demonstrações imprescindíveis a autonomia do indivíduo. "A ordem jurídica cerrava os seus olhos para a desigualdade de fato, que dominava o espaço privado, e com a sua aparente neutralidade, chancelava a opressão"⁴⁰⁶.

"O Código aspirava à completude, visando disciplinar todos os aspectos da vida humana, do nascimento ao óbito"⁴⁰⁷. De fato, também a concepção do papel dos "Direitos Fundamentais era unívoca, unidimensional como a noção abstrata de 'sujeito de direito'", desta forma os Direitos Fundamentais eram tidos como um "'instituto específico' das relações entre o indivíduo e o Estado; sua dimensão limitava-se à salvaguarda da liberdade (propriedade) individual; e seu direcionamento passivo era contra o Estado, o poder a ser cerceado"⁴⁰⁸.

Nesse panorama, o modelo de relacionamento entre Código Civil e Constituição era basicamente formal, hierarquizado e não-dialético. Por consequência, falar-se em relação entre Direitos Fundamentais e Direito Privado - ou, mais ainda, entre Direitos Fundamentais e relações jurídicas privadas - constituía uma impossibilidade histórica. [...] os direitos

para proteger e comprometer através de contrato, e era ele, portanto, o típico sujeito de direito mirado pela codificação. Era o modelo do individualismo possessivo, em que prevalecia o ter sobre o ser. Portanto, o ideal da codificação relacionava-se estreitamente com o modelo do Estado Liberal, que era aquele no qual, segundo Habermas, [...] uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado principalmente através dos direitos de propriedade e da liberdade de contratos, deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera da realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos de mercado".

⁴⁰⁵ MARTINS-COSTA, 2003, p. 66.

⁴⁰⁶ SARMENTO, 2006, p. 69.

⁴⁰⁷ SARMENTO, 2006. *Ibidem*.

⁴⁰⁸ MARTINS-COSTA, 2003, p. 67.

fundamentais 'não poderiam deixar de ser então concebidos dessa maneira', isto é, na sua eficácia unidimensional, como Direitos dirigidos contra o Estado para assegurar a liberdade individual.⁴⁰⁹

“Poder-se-ia dizer que um profundo fosso separava os Direitos Fundamentais da dinâmica interior do Direito Privado”⁴¹⁰. Mas os ordenamentos tipificadores do final do século XX, “caracterizam-se por uma extrema abertura do ponto de vista material”, este fenômeno clarividência a “assimilação pelos estatutos supremos da tormentosa complexidade das relações sociais neste fim de século”, tornando de vez “vulnerável a temática do classicismo constitucional, cunhada pelas pautas do iluminismo de raiz liberal e individualista que fez as glórias do século XVIII”⁴¹¹. Hoje em dia o panorama é inteiramente diverso.

Latu sensu, como bem discorre Maria Cristina Pezzella, “a estrada desta viagem jurídica se altera profunda e constantemente; não é apenas linear, mas tridimensional”. A final, “trata-se de construir uma nova estrada por onde vários outros mecanismos deverão ser construídos”⁴¹² para abarcar os movimentos convulsivos e expansivos da sociedade. Dessarte, suplantado o momento histórico que antecedeu e justificou a incomunicabilidade da codificação dos Direitos Privados com os Direitos Constitucionais, faz-se indispensável enfrentar a sua ultrapassagem e incidência sobre os Direitos Fundamentais na esfera do Direito brasileiro - próximo objeto de investigação.

2.3.2 Ultrapassando a incomunicabilidade: trânsito para a eficácia protetiva dos Direitos Fundamentais

No panorama hodierno pátrio, ante a incidência de um modelo principiológico, ante inserção da força normativa constitucional (reflexivo à constitucionalização do Direito), percebe-se claramente que público e privado tendem a convergir, vislumbrando que, na verdade, a Constituição contém “uma *força geradora*’ de

⁴⁰⁹ MARTINS-COSTA, 2003. Idem, p. 67.

⁴¹⁰ MARTINS-COSTA, 2003, p. 67

⁴¹¹ CASTRO, 2005, p. 15.

⁴¹² PEZZELLA, 2003, p. 40. “O pensamento jurídico só pode desenvolver o projeto de uma codificação depois de se debruçar sobre uma série de casos concretos e de modelos ao longo do tempo para, a partir deles, construir o edifício da codificação que tão bem resolveu os problemas sociais enfrentados até aquela época [...]”.

direito privado”⁴¹³. Há uma relação de recíproca complementaridade e dependência entre o Direito Constitucional e o Direito Privado nos nossos dias, sendo que esta mudança de relação, corresponde a mudança das funções, das tarefas e da qualidade de cada um destes setores jurídicos.

Tal convergência, aliás, opera nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de institutos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares, e conseqüentemente abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos (trata-se do fenômeno conhecido como privatização do direito público). Por outro lado, também o direito privado se desloca em direção ao público, como se percebe na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), mas igualmente na funcionalização de inúmeros institutos típicos do direito privado,[...]”⁴¹⁴.

Trata-se da comunicabilidade entre as esferas públicas e privadas, em outras palavras de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito privado à luz da Constituição, de maneira a distinguir e elevar os “valores não-patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva”, para os quais deve voltar-se “a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”⁴¹⁵.

Tal mudança de foco, se produz, primordialmente, como conseqüência do maior relevo dado à pessoa, antepondo-se os interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal, aos interesses e direitos patrimoniais, pressupondo uma posição hierárquica de valores à pessoa humana sobreposta ao interesse econômico.

Neste contexto, a antiga equação se moldou pela “alteração, não apenas da sociedade, mas, por igual, do *significado* dos dois pólos, dois termos do dueto – Constituição e Código Civil”. Nesta ordem a matriz de relacionamento entre Direito

⁴¹³ ROTHENBURG, 1999, p. 22 ”As suas normas não são meras diretivas programáticas de caráter indicativo, mas normas vinculativas que devem ser acatadas pelo legislador, pelo juiz e demais órgãos estaduais”.

⁴¹⁴ FACCHINI NETO, 2003, p. 26. Exemplifica o autor: “...como é o caso do reconhecimento da função social da propriedade [...], função social do contrato [...], na função social da empresa [...], na função social da família [...], na percepção da existência de uma função social até na responsabilidade civil [...]. Também percebemos uma outra indicação desse movimento de intervenção pública na esfera privada, reduzindo o campo da autonomia privada, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos e na obrigação legal de contratar [...]. Relativamente a todos esses fenômenos, costuma-se denominá-los de *publicização do direito privado*”.

⁴¹⁵ FACCHINI NETO, 2003, p. 32.

Constitucional e Direito infraconstitucional “infeite, diretamente, na problemática da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas”⁴¹⁶

No tocante as metamorfoses ocorridas na realidade, Martins Costa, sentencia que a “concepção unidimensional e unidirecional dos Direitos Fundamentais” não resistiu a elas. Por este caminho, evidenciando as diversas conseqüências jurídicas que decorrem dos Direitos Fundamentais, uma nova teoria afirma as diferentes eficácias desses direitos.⁴¹⁷ De um modo geral, chega-se a compreensão, que a garantia de pleno desenvolvimento dos direitos humanos, dependem da emissão de “normas de direito positivo” a qual

constitui tarefa do Estado-legislador (por meio da legislação infraconstitucional), do Estado-administrador (por meio da atividade normativa secundária e pela proposição e implementação de políticas públicas) e do Estado-juiz (pela concretização das cláusulas gerais da legislação infraconstitucional e pela concretização das próprias normas constitucionais)⁴¹⁸.

O certo é, que essa emissão normativa incidi, privilegiadamente, na esfera dos “Direitos da Personalidade – uma categoria que veio revelar o núcleo da dimensão existencial do Direito Civil”, somente ocorrendo seu desenvolvimento e concretização “à vista do que é o ‘valor-fonte’ do ordenamento, a *pessoa humana*, cuja dignidade vem reconhecida em sede constitucional”⁴¹⁹.

Neste norte, caminha-se para o término do Capítulo em transcurso, ao ensartar, no próximo item, o tema da proteção da pessoa humana pelo Direito Privado, em total obediência aos ditames constitucionais. Tal senda, que se abre a partir de então, dá a real ancoragem ao tema da concretização dos Direitos Fundamentais, proposto para estudos ultimados.

⁴¹⁶ MARTINS-COSTA, 2003. Idem, p. 67. Anota Martins Costa: “a partir da segunda metade do séc. XX, várias Constituições passam a catalogar, expressamente, a tábua de Direitos, dando ensejo à elaboração, por parte da doutrina constitucionalista de uma espécie de *jus commune* dos Direitos Fundamentais”.

⁴¹⁷ MARTINS-COSTA, 2003, p.68. “Três fatores, pelo menos, impulsionaram esse movimento. O primeiro foi da ordem sociológica (tratando-se dessas transformações qualitativas na vida social provocadas pela sociedade de massas); o segundo foi de ordem jurídico-dogmática, com a construção e expansão dos direitos de Personalidade; e o terceiro, enfim, foi de ordem hermenêutica, com a ultrapassagem do modelo savignyano de interpretação jurídica.”

⁴¹⁸ MARTINS-COSTA, 2003, p.69

⁴¹⁹ MARTINS-COSTA, 2003, p.69

2.3.3 O novo Direito Privado e os direitos da personalidade

Suplantada a idéia de campos de incidência diversos entre o Direito Constitucional e o Direito Privado, passa-se a sinalizar a onipresença dos Direitos Fundamentais no Direito infraconstitucional. Como bem averbou Von Münch: “Uma vez desmoronado o dique que, segundo a doutrina precedente, separava o direito constitucional do direito privado, os direitos fundamentais se precipitaram como cascata no mar do Direito Privado”⁴²⁰.

Inquestionavelmente “todo o direito é valorativo”: em um momento histórico, uma comunidade “elege certos valores que pretende dignos de proteção, que se dá através do ordenamento jurídico regente da vida em sociedade”. Nesta trilha, o Direito, do final do século XX, vem identificado pelo “reconhecimento da necessidade de tutela dos valores existenciais da pessoa humana, outrora relegados a uma proteção indireta, quando existente”⁴²¹.

Dessarte, no “âmbito do direito privado deixa-se [...] atrás a velha concepção do patrimonialismo, marcante nas codificações que praticamente atravessaram o século”. A codificação civil abandona a marca proeminente adstrita a “propriedade, contrato, testamento e família”. Através de uma visão contemporânea, o Direito passa a tutelar, não apenas tais “figuras pelo que elas representam em si mesmas”, mas, tutelar determinados “valores tidos como merecedores de proteção: a última *ratio* do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si”⁴²².

⁴²⁰ MÜNCH, Ingo von. Apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. IN *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Org. BARROSO, Luís Roberto.

⁴²¹ CORTIANO JUNIOR, 1998, p. 32. Acompanhando o pensamento, manifesta-se Cristiane Peter da Silva: “Não se pode negar que, na história da filosofia e da ciência, a partir da segunda metade do século XX, o edifício paradigmático está sendo construído com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Diante dessa premissa, acredito que o sujeito seja o responsável pela virada paradigmática experimentada com maior delineamento neste início do século XXI. O consenso dos pensadores, filósofos e cientistas acerca de uma mudança de paradigma, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, acabou por se tornar mais evidente com a revolução tecnológica da última década do século passado, demonstrando que há urgência em se investigar as condições de possibilidade desse novo modelo.” In: PETER DA SILVA, Christine Oliveira. Como se Lê a Constituição: Abordagem Metodológica da Interpretação Constitucional - *Revista de Direito Público*, Nº 6. Porto Alegre: Editora Síntese, Out-Nov-Dez/2004 – p. 139.

⁴²² CORTIANO JUNIOR, 1998, p. 32.

Neste viés, o principal diploma de Direito Privado - o Código Civil, ao expressar ordem de valor, tinha por norte a regulamentação da vida privada unicamente sob o ponto de vista do patrimônio do indivíduo. Como visto, os princípios constitucionais, em vez de apregoar tal conformação, têm por meta orientar a ordem jurídica para a realização de valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais, falando-se, portanto, em uma “despatrimonialização”⁴²³ do direito civil, como conseqüência da sua constitucionalização. Visualizando o fenômeno por outro ângulo, “poder-se-ia falar, em uma *repersonalização* do direito civil”, no sentido que se projeta “repor ‘o indivíduo e seus direitos no topo da regulamentação *jure civile*’”.⁴²⁴

Como bem clarividência Netto Lobo, é certo que as “relações civis têm um forte cunho patrimonializante”, haja vista, que seus principais “institutos são a propriedade e o contrato (modo de circulação da propriedade)”. Mas, no forte impasse paradigmático, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, ruiu a “prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado” pelo Código Civil, “submergiu a pessoa humana, que passou a figurar como pólo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real”⁴²⁵.

Neste contexto, a promulgação de uma nova Constituição apresenta-se sempre como um acontecimento assinalatório do ponto de vista histórico-cultural, comportando, como conseqüência, grandes transformações, que permeiam, em termos de pressupostos, de qualificação e de interpretação, toda normativa infraconstitucional.

A Constituição Brasileira de 1988, que por suas características pode ser qualificada como pós-revolucionária, não foge a essa realidade, na medida em que, ao eleger a dignidade da pessoa humana⁴²⁶ e o pleno exercício da cidadania como

⁴²³ RAMOS, 2000, p. 16. Carmem Ramos analisa o significado de despatrimonialização: “Esta despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça.”

⁴²⁴ FINGER, 2000, p. 95.

⁴²⁵ NETTO LOBO, 1999.

⁴²⁶ MORAIS, 2000, p. 18. Neste sentido, indica Bolzan de Moraes: “a Constituição Federal de 1988 referenda alguns conteúdos que nos conduzem a compreendê-la como inserida no rol daquele

fundamentos do ordenamento, além de consagrar a justiça distributiva, provocou uma profunda alteração no tecido normativo, exigindo, ao contrário, uma mudança de mentalidade no operador do Direito em todos os sentidos. Desta forma, passou o ordenamento jurídico pátrio a girar em torno da pessoa, direcionando todo o sistema para a sua proteção. “As normas constitucionais centradas nesta perspectiva, conferem unidade sistemática a todo o ordenamento jurídico”.⁴²⁷

Nesta linha de idéias, o ponto mais importante do enfrentamento da questão referente à proteção da pessoa humana não “vincula-se apenas à ‘redescoberta’ da pessoa pelo direito, mas principalmente à ligação da proteção da pessoa aos valores que lhe são inerentes como garantia e fundamento de seu devir”⁴²⁸.

A pessoa humana não é [...], apenas um dado ontológico, mas traz encerrada em si uma série de valores que lhe são imanentes. A dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade, e portanto merece a maior proteção possível. Aliás a conjugação personalidade dignidade é tão forte que boa parte dos autores que tratam do tema referem-se diretamente à proteção da dignidade do homem. Essa ligação é, assim, indissolúvel. A tábua sistemática de proteção à dignidade humana, dentro do direito privado, configura-se justamente nos chamados direitos da personalidade⁴²⁹.

Com a elaboração “dogmática dos Direitos de Personalidade, *pari passu* à aceitação normativa das concretas diferenças existentes entre as concretas pessoas”⁴³⁰, transverbera que” a *fundamental complexidade que recobre a noção de pessoa*”, não só traz a lume a captação das formas e do meios pelos quais

constitucionalismo cujo objeto fundante está nos direitos humanos, os quais devem orientar não apenas os trabalhos dos juristas, como também a atuação das autoridades públicas e da sociedade como um todo.”

⁴²⁷ FACHIN, Luiz Edson. Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do Direito Civil contemporâneo. Rio de Janeiro: *Revista Jurídica* nº 304, fev./2003, p. 17.

⁴²⁸ CORTIANO JUNIOR, 1998, p. 41.

⁴²⁹ CORTIANO JUNIOR, 1998, p. 42.

⁴³⁰ MARTINS-COSTA, 2003, p. 70. PETER DA SILVA, 2004. Op. Cit., 142-143, passim. Quanto ao sujeito titular Direitos de Personalidade, discorre Cristiane Peter da Silbva: “O sujeito desse século XXI não pode ser o sujeito do século XIX, que buscava a sua liberdade perante os desmandos do absolutismo recém derrubado, nem o sujeito do início do século XX, que, assustado com a Revolução Industrial, lutava pela igualdade com a já conquistada boa condição de vida dos burgueses liberais. Trata-se de um sujeito do terceiro ideal da Revolução Francesa, o sujeito da solidariedade, o qual se despersonaliza, deixando a sua individualidade e abrindo mão de sua coletividade restritivista para buscar na dignidade humana o vetor de suas ponderações culturais mais pessoais, seja em que ambiente cultural tenha escolhido para viver, a vida toda ou partes dela. Ora, o sujeito do século XXI é aquele que, apesar de ter consciência de sua posição de indivíduo, não se sustenta só nisso, pois somente como membro de uma coletividade e inserido no conceito difuso de cidadão é que ganha a força da sua liberdade e igualdade perante os demais, sempre em busca de sua dignidade como ser humano”.

poderá ocorrer e ser garantido o “livre desenvolvimento de sua personalidade: é também essa complexidade conceitual que estará a proporcionar as diferentes *medidas de intensidade* conectadas aos Direitos Fundamentais”. Por isso, no “plano da dogmática dos direitos fundamentais”, toda a atenção doutrinária se voltou à “questão da *multiplicidade dos seus efeitos*, passando-se a distinguir vários tipos de direitos fundamentais, com *conseqüências variáveis*”⁴³¹.

Diante dessa visão caleidoscópica dos Direitos Fundamentais, torna-se evidente que a sua compreensão e, ou, efetivação pressupõe uma tarefa desbravadora de novos vãos. Vãos, na exata medida em que se revela os diversos sentidos, igualmente válidos e operativos, que ao longo do tempo vão sendo atribuídos aos preceitos da Lei Maior, espargindo-se pela legislação infraconstitucional. Isso tudo porque, no âmbito do Direito Constitucional, os princípios conformam e regeneram o Direito, ante a constante mutação do entorno social, para acolher às necessidades sempre renovadas da convivência humana⁴³².

A abertura e mobilidade do sistema jurídico, mostra-se exemplo “paradigmático de ligação intersistemática que ocorre entre a Constituição e o Direito Privado” – sob a égide do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana - “espraiando-se por todos os ‘ramos’ do Direito”. Certo é, que tal princípio há de ser “densificado, tornando-se concreto e operativo em particulares domínios de casos”⁴³³. Mas, convém lembrar a lição de Jorge Miranda de que “o eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos da pessoa são sinais de civilização jurídica”⁴³⁴.

⁴³¹ MARTINS-COSTA, 2003, p. 71. Ainda: “É que, conquanto a maior parte dos direitos fundamentais apareça, numa primeira leitura, como direitos defensivos, protegendo os indivíduos contra a ação do Poder Público e impondo, a esse, *deveres de abstenção*, isto é, interditos ao exercício das liberdades públicas, percebe-se que, ao lado dessas garantias, surgem outros direitos, com outros efeitos – *efeitos positivos* – impondo ao Poder Público não só deveres de abstenção, mas também *deveres de proteção*, consistentes numa obrigação positiva para o Estado de adotar medidas hábeis a assegurar a proteção ou a *promoção* do exercício das liberdades civis e dos demais Direitos Fundamentais”.

⁴³² COELHO, 2006, p. 71/72 – passim.

⁴³³ MARTINS-COSTA, 2002, p. 13

⁴³⁴ MIRANDA, Jorge. A Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais em Portugal. In GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. P. 286.

Sabe-se hoje, que as esferas do Direito Público e do Direito Privado não estão seccionadas por intransponível muro divisório, antes consistindo na compreensão do conceito contemporâneo de sistema: aberto, móvel, estruturado em graus escalonados de privatismo e publicismo. Sistema, este, assentado em um núcleo valorativo e de uma técnica relativamente unitária ou comum entre os vários conjuntos normativos que o compõem, como forma de ensejar a dialética da complementaridade, viabilizando a inflexão ponderada, no ordenamento privado, dos princípios da Constituição.

Seguindo o roteiro dos pássaros, onde o voar é o infinito, como é seu gosto pelo direito de liberdade, tenta-se alçar novos vôos em busca das respostas aos objetivos propostos ao iniciar-se esta viagem. Neste rumo, adentrando-se ao Terceiro e último Capítulo, investigar-se-á a efetivação do processo de concreção dos Direitos Fundamentais, após as mutações sócio-ideológicas que alcançaram, na contemporaneidade, o Direito Constitucional, produzindo, conseqüentemente, mudanças principiológicas no Direito Privado, de forma a regular as relações interpessoais, dentro de uma nova visão jurídico-social brasileira.

3 O PÁSSARO EM SEU NINHO – A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O arquétipo empregado, neste modo de produção acadêmica – o pássaro em seu ninho - assim como os demais *core terms* metafóricos utilizados nos demais capítulos, tem a pretensão de albergarem os sentimentos correlatos a histórica aventura humana na busca de seus direitos. Tal *pathos*⁴³⁵ não cabe em modelos restritivos, o que significa, que a linearidade, as utopias curtas, as visões redutoras não podem desvelar esse caminho mutável e contraditório da caminhada - ou porque não dizer - do vôo - que o homem se lança em prol de objetivos constituidores de seu futuro, desvendando a própria condição humana e subsidiando sua trajetória, enquanto seres individuais e coletivos, afinal, a “disciplina jurídica da convivência é a ordenação do Uni Verso (Sic.) no setor humano”⁴³⁶.

A história do homem transcende o que foi imaginado a respeito dele. Sua existência potencial já estava inscrita nos minerais, no “quanta”⁴³⁷; o homem pertence a uma história que não se restringe ao tempo de duração de sua espécie, mas lança suas raízes nos tempos cósmicos, geológicos, biológicos e sociológicos. Não é a terra seu único habitat, mas o universo é seu *oikos*⁴³⁸. Assim, o ser humano em sua aventura, não pode ser abordado em separado de seu tempo presente, cabendo resgatar a sua vocação para a felicidade - consciência em construção, o criador de valores na contemporaneidade.

Mas, ressalte-se, não há lugar para valores e não existe espaço para o acontecimento singular, para o pontual, para tudo o que brilha como uma centelha, busca-se, aqui, algo maior como a própria dignidade da pessoa humana. Neste intento, a vida em sociedade, não apenas confere uma natureza diferente ao homem, confere uma natureza mais elevada, uma natureza superior. Como argumenta Émile Durkheim, que “nada vem do nada, e o indivíduo abandonado a si

⁴³⁵ *Pathos*, vocábulo grego, que significa sentimento; sofrimento. Cfe. BRANDÃO, Junito. *Dicionário mítico-etimológico*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

⁴³⁶ TELLES JUNIOR, 2003, p. 320.

⁴³⁷ TELLES JUNIOR, 2003, passim.

⁴³⁸ *Oikos* - A expressão “*oikos*” é a origem grega da palavra “ecos”, que significa casa, habitat, o local onde se vive. Cfe. BRANDÃO, 1991.

mesmo não poderia elevar-se acima de si mesmo”. Fazendo com que “ele se supere, com que ele tenha ultrapassado a tal ponto o nível da animalidade, é o fato de a vida coletiva repercutir nele, de penetrá-lo; são esses elementos adventícios que lhe fazem outra natureza”⁴³⁹.

Superveniente a aventura cotidiana, o homem, assim como o pássaro procura seu ninho⁴⁴⁰, seu *oikos* – melhor dizendo, uma autodeterminação para o bem, a resposta ao seu instinto de felicidade. Felicidade, aqui entendida, como superação das discrepâncias e exclusões sociais, com a garantia concreta do gozo dos Direitos Fundamentais para todos indistintamente. Quanto aos Direitos Fundamentais, preleciona Gomes Canotilho:

[...] são dirigentes se e na medida em que as dimensões materiais – quadro positivadas na constituição constituírem um pressuposto normativo para a realização dos pressupostos indispensáveis à efectivação dos próprios direitos, liberdades e garantias. Mais uma vez se reconhece que só é livre quem utilizar ou poder utilizar a liberdade [...], só desenvolve a sua personalidade quem disfruta de condições fácticas e jurídicas para o “desabrochar” da pessoa, só tem uma vida compatível com a dignidade da pessoa humana quem pode disfrutar de condições económicas de existência para viver essa vida humana⁴⁴¹.

A eterna busca pela liberdade e igualdade do ser humano, trás a lembrança um clássico da literatura francesa do século IX - o romance *Lê lis rouge* (O lírio vermelho) do grande escritor Anatole France, o qual propugnou pela igualdade dos sujeitos diante da lei: “Que maior motivo de orgulho, que ser cidadão! Para os pobres isto consiste em conservar e conservar os ricos no seu poder e na sua ociosidade”. E completa: “Devem trabalhar perante a majestosa igualdade de que se faz portador da lei que proíbe ao rico como ao pobre de dormir sobre a ponte, de mendigar na estrada e de roubar o pão”⁴⁴². Na realidade, Anatole France faz um escárnio ao demonstrar a injustiça da regra, por não considerar o plano concreto, pois não sendo um jurista, não compreende qual foi a grande operação do jusnaturalismo, aquela de crer numa série de instrumentos meta-históricos, não variáveis.

⁴³⁹ DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴⁴⁰ Utiliza-se o termo ninho, como captação de

⁴⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos. In: *Revista de Direito Público* - Ano II, Nº 7. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 84.

⁴⁴² FRANCE, Anatole. *O lírio vermelho*. Título original: *Lê lis rouge*. Tradução Marques Rebelo. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1944, p. 80. - Obra publicada em 1894.

Afinal, é de se tornar caro que o homem permanece inalterado, que as necessidades humanas fundamentais⁴⁴³, os direitos humanos tão necessariamente fundamentais, os desejos humanos também tidos como fundamentais, não se abrandaram. Sequer se transformaram em sua essência, vez que a eterna busca de liberdade incita à realização da igualdade jurídica e social de todos para assegurar que as desigualdades criadoras e criativas da individualidade não sejam anuladas numa totalização do poder sobre todos. Mas, o Estado que brotou dos sombrios escombros medievos procura cumprir sua missão navegante – chegou a “era dos direitos”⁴⁴⁴, procurando solidificar o florescimento de uma sociedade mais justa, mais igualitária e mais pacífica há de florescer neste século.

O ninho construído pela civilização, na longa solidificação dos Direitos Fundamentais, alberga o pássaro, seus sentimentos libertários (só encontrados na transparência de infinitude dos espaços), sua essência - o Direito Constitucional das liberdades e garantias, no mundo contemporâneo. Direito, este, que “afirmou-se como uma realidade formal, não apenas dogmática. Tem alcance e conteúdo intemporal, objetivando passar do ideal ao real”⁴⁴⁵.

Ferido o pássaro que voa;
 Bico entreaberto,
 Garras preparadas e penas eriçadas,
 O coração saltitando
 Dentro do minúsculo peito,
 Coberto de penas alvas tingidas de rubro
 O mais belo tom de rubro:
 O vivo vermelho do sangue da liberdade.
 Ferido o pássaro que voa,
 Porém livre⁴⁴⁶.

Gestados, os Direitos Fundamentais, no roteiro dos pássaros, fecunda-se o ninho que os alberga e em sua arquitetura. Destarte, percorrendo este roteiro, em busca da resposta as questões que se colocou para delinear a presente dissertação, passa-se aos vãos decisórios, perquirindo, ainda, a posição e aceção dos Direitos

⁴⁴³ Cf. BARACHO, 2003, o vocábulo “fundamentais”, quando tratado de sua origem e dos significados de “direitos e liberdades”, é um passo essencial na evolução do processo democrático. Historicamente, os termos ‘fundamental’ ou ‘fundamentais’ não aparecem em disposições jurídicas positivas apenas recentemente”. P. 20.

⁴⁴⁴ Cf. BOBBIO, 1992.

⁴⁴⁵ BARACHO, 2003, p. 02.

⁴⁴⁶ RIBEIRO, Marcelo. *Pássaro ferido*. Poema encontrado em uma folha de papel de Obra literária desconhecida.

Fundamentais na arquitetura constitucional, os pressupostos da idéia de eficácia e a instrumentalização constitucional para a sua concreção.

3.1 Posição e aceção dos direitos fundamentais na arquitetura constitucional

Em busca de uma luz para o tema proposto no presente capítulo, destinado à análise do fascinante e vasto - universo dos Direitos Fundamentais, usufrui-se do pensamento de Norberto Bobbio de forma a dar contornos mais nítidos e concretos a um trabalho, onde, já se vislumbra teores conclusivos:

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. [...] Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são conhecidos alguns direitos fundamentais; [...] ⁴⁴⁷.

Certo que os Direitos Fundamentais tem exercido um papel de primeira ordem na configuração do constitucionalismo. Para Pérez Luño as normas que os regulam, *“unidas a las que definen el sistema económico y a las que articulan el modelo de Estado constituyen, sin duda, la parte de la Constitución de la que se deduce el modelo constitucional de Sociedad”*⁴⁴⁸.

Aqui, ao lembrar uma famosa expressão de Herbert Krüeger de que “já não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais”⁴⁴⁹, acompanha-se Paulo Bonavides, ao afirmar que essa constatação é a “descoberta do núcleo central de todo o processo que rege doravante as transformações constitucionais em proveito da formação e consolidação de um universo da liberdade, juridicamente resguardado por mecanismos de proteção eficaz”⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 01.

⁴⁴⁸ PÉREZ LUÑO, 1998, p. 19.

⁴⁴⁹ KRÜEGER, Herbert apud BONAVIDES, 1998, p. 358.

⁴⁵⁰ BONAVIDES, 1998, p. 359.

Assim, num bater de asas, o direito contemporâneo combate as estruturas do individualismo, carcomidas pela ação do tempo e pelo avanço tecnológico, impressionante que a sociedade sofreu nos séculos XIX e XX, ressurgindo, daí, o resgate de valores éticos essenciais ao exercício da cidadania. Neste viés, o constitucionalismo foi o projeto político vitorioso ao final do milênio.⁴⁵¹ O ideal democrático realiza-se não apenas pelo princípio majoritário, mas também pelo compromisso na efetivação dos direitos fundamentais.

O Direito Constitucional, como o direito em geral e em especial o Direito Privado, tem possibilidades e limites. A correção de vicissitudes crônicas da vida nacional, como a ideologia da desigualdade e a corrupção institucional, depende antes da superação histórica e política dos ciclos do atraso, do que de normas jurídicas.

O “aprofundamento democrático no Brasil está subordinado ao resgate de valores éticos, a um projeto generoso e inclusivo de país⁴⁵²” e, principalmente, ao exercício da cidadania. Tal conceito de cidadania que desborda desses quadrantes, como comenta Edson Fachin, “é o continente que abriga uma dimensão fortificada da pessoa no plano de seus valores e direitos fundamentais”⁴⁵³.

Gravita inquestionável, a não existência de Estado Constitucional sem Direitos Fundamentais, pois estes direitos se convertem na razão de ser do Estado, cuja função básica é a proteção e a efetiva realização das prerrogativas fundamentais. Sob esta perspectiva, uma das primeiras questões suscitadas em um trabalho, que pretende embrenhar-se no campo dos Direitos Fundamentais, refere-se à delimitação terminológica e a perspectiva histórica nas quais, estes, serão abordados. Temas postos a partir de então, aferindo-se, ainda, o alcance e significado dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988.

⁴⁵¹ REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2 ed. Reformada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁴⁵² BARROSO, 2003, p. 45.

⁴⁵³ FACHIN, 1999, p. 33.

3.1.1 A concepção clássica dos direitos fundamentais: da delimitação conceitual e da definição na seara terminológica.

Um dos primeiros pontos averiguados ao adentrar no campo dos Direitos Fundamentais refere-se ao nascimento do debate conceitual e a delimitação terminológica que lhes são concernentes, de forma a afastar a incomunicabilidade que o equívoco das palavras pode produzir. Pois, não raro, termos como outras expressões, tais como "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos subjetivos públicos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais" e "direitos humanos fundamentais"⁴⁵⁴ são utilizados indistintamente e sem consenso conceitual pelos doutrinadores e legisladores.

Convém ressaltar, ainda, que o sentido conferido a esses termos está envolto no contexto histórico da modernidade e inserido em uma cultura individualista e antropocêntrica que confere aos seres humanos a titularidade de direitos, pelo simples fato de sua humanidade⁴⁵⁵. Desta forma, ao que concerne à terminologia e ao conceito, adotados neste estudo, a própria utilização da expressão Direitos Fundamentais no título desta dissertação, por si só, revela a opção na seara terminológica, não dispensando, no entanto, uma apreciação linear da delimitação conceitual e da definição dos referidos Direitos, pela circunstância de que, tanto na doutrina, quanto no direito positivo, ocorre um alargamento terminológico⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ SARLET, 2005, p. 33.

⁴⁵⁵ SARLET, 2005, p. 33. Cf. Ingo Sarlet: “[...] a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado, que apenas reforça a necessidade de obtermos, ao menos para os fins específicos deste estudo, um critério unificador. Além disso, a exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, há que reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais”.

⁴⁵⁶ SARLET, 2005, p. 34. Pontua Ingo Sarlet: “Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado, que apenas reforça a necessidade de obtermos, ao menos para os fins específicos deste estudo, um critério unificador. Além disso, a exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, há que reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. [...] encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc, LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV)”.

Esta escolha não afasta, por certo, uma eventual conexão entre os Direitos Fundamentais⁴⁵⁷ e os direitos humanos – expressão mais utilizada por jusfilósofos, quando tratam dos direitos do homem em seu aspecto independente das ordens jurídicas internamente positivadas. Nesse sentido, Jorge Reis sintetiza ao esclarecer que a “expressão ‘Direitos Fundamentais’ é utilizada como definição daqueles direitos humanos previstos nas constituições nacionais”, por sua vez a expressão “‘direitos humanos’ define os direitos do homem previstos em tratados internacionais, ainda que não estejam positivados na constituição de determinados países, mas que possuam caráter supranacional [...]”⁴⁵⁸.

Em outras palavras, resume-se, acompanhando Ingo Sarlet, que a “expressão direitos do homem” emprega-se “no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados”, enquanto que os “direitos humanos”, são os positivados na esfera do direito internacional” e “direitos fundamentais”, os “direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado”⁴⁵⁹.

Por seu turno, Gomes Canotilho identifica que “as expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são freqüentemente utilizadas como sinônimas”. De acordo com a sua ascendência e significado, na trilha do professor lusitano, poder-se-ia distingui-las da seguinte maneira: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)”; Direitos Fundamentais são “os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.” Por sua vez, os direitos do homem “arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter

⁴⁵⁷ SARLET, 2005, p. 34. “No que diz com o uso da expressão ‘direitos fundamentais’, cumpre lembrar que o nosso Constituinte se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, rompendo, de tal sorte, com toda uma tradição em nosso direito constitucional positivo.

⁴⁵⁸ REIS, Jorge Renato dos. A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. LEAL, Rogério Gesta. REIS, Jorge Renato dos. Organizadores. Tomo 5. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2005.

⁴⁵⁹ Cf. SARLET, 2005, p. 36/37. “A utilização da expressão ‘direitos do homem’ de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, inobstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma ‘pré-história’ dos direitos fundamentais”.

inviolável, intemporal e universal; os Direitos Fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁴⁶⁰

Para determinação das diferenças entre Direitos Fundamentais e direitos humanos, em consonância com Pérez Luño, o critério a ser utilizado é o da “concreção positiva”, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de Direitos Fundamentais, haja vista, estes possuírem “sentido mais preciso e restrito”, constituindo “o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado”, tratando-se, desta forma, de “direitos delimitados espacial e temporalmente”, cuja denominação se deve ao seu “caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito”⁴⁶¹. Destarte, conclui-se que os “direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições”, como resultantes a “confluência entre os direitos naturais do homem, tais como reconhecidos e elaborados pela doutrina jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, e da própria idéia de Constituição”⁴⁶².

Em face dessas constatações, verifica-se, desde já, que as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” (ou similares), em que pese sua habitual utilização como sinônimas, se reportam a significados distintos. No mínimo, para os que preferem o termo “direitos humanos”, há que referir-se sob pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos – se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva⁴⁶³.

A partir do momento em que se faz corresponder a expressão Direitos Fundamentais aos direitos humanos positivados nas constituições, parece lógica a afirmação de que a previsão constitucional é o aspecto formal por excelência dos Direitos Fundamentais. Conforme Robert Alexy, “direitos fundamentais são

⁴⁶⁰ CANOTILHO, 1993, p. 517. “Como é sabido, a Declaração de Direitos de 1789 intitulou-se Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Daí que se procurasse distinguir entre direitos do homem e direitos do cidadão: os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade. Esta classificação pressupõe uma separação talhante entre *status negativus* e *status activus* (na terminologia de G. JELLINEK), entre direito individual e direito político”.

⁴⁶¹ Cf. PÉREZ LUÑO, 1998. Idem, p. 46/47, passim. Note-se, que sua explanação assemelha-se ao pensamento de Gomes Canotilho.

⁴⁶² SARLET, 2005, p. 37.

⁴⁶³ SARLET, 2005, p. 38.

essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo”⁴⁶⁴. Gomes Canotilho, observa que os “direitos formalmente fundamentais são aqueles previstos em normas jurídicas de *status* constitucional”, ou seja, “normas formalmente constitucionais”⁴⁶⁵. Neste diapasão, Jorge Miranda observa, que segundo um conceito formal, os “direitos fundamentais são todos aqueles assim reconhecidos pelo texto constitucional”⁴⁶⁶.

No âmbito da discussão em torno da melhor terminologia a ser adotada, é de se destacar o uso mais recente da expressão "direitos humanos fundamentais" por alguns autores. De acordo com Sérgio Rezende de Barros, que refuta a tese da distinção entre direitos humanos e fundamentais, esta designação tem a vantagem de ressaltar a unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais⁴⁶⁷.

Neste viés, Afonso da Silva demonstra sua preferência pela expressão “direitos fundamentais”, agregando-lhe, também, mais um termo: “direitos fundamentais do homem”⁴⁶⁸. Neste sentido, refere-se aos “direitos relacionados a situações jurídicas essenciais para a sobrevivência e a realização da pessoa humana em sociedade, positivados no texto constitucional (‘fundamentais’), e vinculados à pessoa humana (‘do homem’)”⁴⁶⁹. A alusão a “direitos humanos fundamentais” se mostra valioso, por aproximar o significado dos direitos humanos aos Direitos Fundamentais. Mas, mesmo não havendo uma ruptura entre ambos os termos, a utilização de Direitos Fundamentais, em consonância com o Direito Constitucional pátrio, parece mais adequada ao desenvolvimento do presente estudo, na medida em que faz inequívoca menção aos direitos positivados no âmbito do Direito Privado.

Ingo Sarlet, destaca o fato de “não existir uma identidade necessária - no que tange ao elenco dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos”, isso se deve ao fato de que, por vezes, “o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica

⁴⁶⁴ ALEXY, Robert, 1999, p. 73. Note-se que o autor refere-se à expressão “direitos do homem”, como equivalente a “direitos morais”, parecendo fazer remissão aos direitos concebidos sob a ótica jusnaturalista, anteriores ao Estado, e dignos do homem em virtude de sua condição humana.

⁴⁶⁵ CANOTILHO, 1993, p. 528.

⁴⁶⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 08.

⁴⁶⁷ SARLET, 2005, p. 38.

⁴⁶⁸ Alguns autores, seguindo este mesmo entendimento, fazem referência a “direitos humanos fundamentais”, o que se mostra valioso por aproximar o significado dos direitos humanos aos direitos fundamentais, conforme FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996; e MORAIS, Alexandre. *Direitos Humanos e Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998.

⁴⁶⁹ SILVA, 1996, p. 178.

aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais”, apesar de que, às vezes, “chega a ficar - ressalvadas algumas exceções - bem além, como é o caso da nossa atual Constituição”⁴⁷⁰.

Clarividencia-se, que os direitos humanos, “enquanto carecerem do caráter da fundamentalidade formal”, específico dos Direitos Fundamentais, “não lograrão atingir sua plena eficácia e efetividade, o que não significa dizer que não a tenham”. Desta forma, comina-se às expressões direitos humanos e Direitos Fundamentais, o reconhecimento de que não se trata de “termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas”, todavia, “não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas”.

Fazendo eco às palavras, vistas anteriormente, de Ingo Sarlet, os Direitos Fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições, nas quais foram reconhecidos e assegurados. Nesta conformidade, os Direitos Fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídicos positivamente constitucionalizados. Afinal, sem esta posituação jurídico-constitucional, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”⁴⁷¹, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.

“[...] onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios. [...] os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem conseqüências jurídicas”⁴⁷².

Convém, ainda, apreciar a acentuada distinção entre Direitos Fundamentais e direitos humanos, quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas

⁴⁷⁰ SARLET, 2005, p. 39.

⁴⁷¹ VILLALON, Pedro Cruz. *Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales*. In: *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 25. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, p. 40.

⁴⁷² VILLALON, 1989, p. 41.

consagradoras destes direitos, sendo providencial destacar, aqui, “a idéia de que são os primeiros que - ao menos em regra - atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação”, ante a existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos”. Além disso, o fato de que a “eficácia jurídica e social dos direitos humanos, que não integram o rol dos Direitos Fundamentais de determinado Estado depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna”. Desta forma, a efetivação dos direitos humanos “encontra-se, ainda e principalmente, na dependência da boa-vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados”, enquanto carecerem do “caráter da fundamentalidade formal próprio dos Direitos Fundamentais”, não lograrão atingir sua “plena eficácia e efetividade”⁴⁷³.

Quanto ao caráter de fundamentalidade dos Direitos Fundamentais, a positivação jurídico-constitucional destes, para Gomes Canotilho, recepcionando a doutrina de Robert Alexy, a fundamentalidade de um direito constitucional se relaciona com sua especial dignidade no ordenamento jurídico, “não dissolve, nem consome, quer o momento de jusnaturalização, quer as raízes fundamentantes dos Direitos Fundamentais (dignidade humana, fraternidade, igualdade, liberdade)”. Para o citado autor, as palavras “não dissolve” e “não consome”, devem ser interpretadas com base no princípio constitucional da “dignidade da pessoa humana” e “Estado de direito democrático no ‘respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais’”⁴⁷⁴. Assim, “a categoria de ‘fundamentalidade’ (Alexy) aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”⁴⁷⁵.

⁴⁷³ SARLET, 2005, p. 39/40.

⁴⁷⁴ CANOTILHO, 1993, p. 498. A idéia de constitucionalização, aqui, é designa por Gomes Canotilho como “a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”.

⁴⁷⁵ CANOTILHO, 1993, p. 499. Gomes Canotilho identifica a fundamentalidade formal e material da seguinte forma: “a) *Fundamentalidade formal*: A fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão [...]; (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais[...]. b) *Fundamentalidade matéria*: Significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”.

Perfunctoriamente, pode-se dizer que a fundamentalidade formal decorre da constitucionalização dos direitos, como analisado por Ingo Wolfgang Sarlet; já a fundamentalidade material está relacionada à correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Constituição, especialmente os princípios enumerados no Título I da Constituição Federal de 1988⁴⁷⁶, dentre os quais destaca-se a dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais representam, sob o aspecto material, as decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo constituinte a respeito da estrutura do Estado e da Sociedade⁴⁷⁷.

Mas, para melhor compreensão do tema dos Direitos Fundamentais, urge lançar um olhar à, extremamente rica, história destes direitos. Portanto, poder-se-ia dizer que a história dos Direitos Fundamentais tem origem na idéia que prevalece em toda a Antigüidade helênica - de que existe um direito que não é criado pelos homens, não é fruto da deliberação, seja de um rei, de um tirano ou do próprio povo. Afinal, quem pode esquecer os embates trágicos das personagens de Sófocles⁴⁷⁸, num dos documentos literários mais sensibilizantes - o diálogo onde Antígona recusa-se a cumprir os desmandos do rei tirano, Creonte, afirmando não saber que ele tinha poder para estabelecer leis e muitos menos para estabelecer leis que contradissem o direito estabelecido para todos os tempos pelos deuses: "Ele não tem direito a impedir os meus deveres sagrados"⁴⁷⁹. Essa idéia que Sófocles exprime, sem dúvida, a idéia prevalecente na época: o direito não é o que o legislador declara, o direito é algo que projeta o justo e, conseqüentemente,

⁴⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁴⁷⁷ Cf. SARLET, 2005, p. 86/87, passim.

⁴⁷⁸ As falas das personagens de Sófocles parecem demonstrar a existência de uma preocupação com as leis, com o *nómos* para além dos aspectos meramente jurídicos. Aliás, como observa muito bem Jean-Pierre Vernant, os gregos não têm a idéia de um direito absoluto, fundado sobre princípios, organizado num sistema coerente. Para eles, há como que graus de direito. Num pólo, o direito se apóia na autoridade de fato, na coerção; no outro, põe em jogo potências sagradas: a ordem do mundo, a justiça de Zeus. Também coloca problemas morais que dizem respeito à responsabilidade do homem. Cf. VERNANT, Jean-Pierre e NAQUET, Pierre Vidal-Naquet. *Mito e Tragédia na Grécia Antiga*. Tradução de Anna Lia de Almeida Prado, Filomena Yoshie Hirata, Maria da Conceição M. Cavalcante, Bertha Halpem Gurovitz e Helio Gurovitz. São Paulo: Editora Perspectiva, 1999, p. 03.

⁴⁷⁹ Cf. SÓFOCLES. *Antígona* (333-376). Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Coimbra: Instituto Nacional de Estudos Clássicos, 1992. (Antígona,10). Sófocles, na tragédia grega intitulada Antígona, apresenta a oposição entre o Direito Natural (no caso da peça, direito que provinha das crenças – deuses – e dos costumes) e o Direito Positivo (direito imposto pelo representante do Estado). Hegel destacou tal aspecto ao interpretar a peça teatral, que se deixa de analisar por não ser objeto do presente estudo.

independe, como o justo, da mera vontade dos homens. Esta é, sem dúvida, a raiz mais profunda da doutrina dos Direitos Fundamentais⁴⁸⁰.

Como bem posto por Antunes Rocha, os Direitos Fundamentais “concebem-se, antes, nas idéias, nas lutas, nos movimentos sociais, nos atos heróicos individuais, nas tensões políticas e sociais que antecedem as mudanças, como o ar pesado que prevê a tempestade”. Os direitos humanos foram, os primeiros, “crimes ditos políticos pelos quais muitas cabeças rolaram”. Só depois vem o Direito - “muito depois vêm os direitos. A humanidade caminha a passos largos. O direito a conquistá-la arrasta-se em cadência muito mais lenta”⁴⁸¹. Diga-se, ainda, acompanhando Norberto Bobbio, quando os “direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, chamado direito de resistência”⁴⁸².

Não obstante, o sentido dos Direitos Fundamentais tem suas fontes em processos históricos, que serão motivos de averiguação no próximo item, a partir dos direitos naturais até o reconhecimento dos Direitos Fundamentais na esfera do direito positivo.

3.1.2 Perspectiva histórica: dos direitos naturais e ao processo de reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo.

Ao deitar-se o olhar ao panorama histórico da origem e da jornada de proteção aos Direitos Fundamentais, matéria que ainda hoje suscita controvérsias, pressupõe que se sublinhe onde, por que e como nasceram estes Direitos, bem como concepções doutrinárias e formas jurídicas que antecederam e influenciaram o Reconhecimento destes direitos, em nível do Direito Constitucional positivo no final do século XVIII.

⁴⁸⁰ Leia-se neste sentido in: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A cultura dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite - Coordenador *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 240/241.

⁴⁸¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos Direitos Fundamentais*. In: Portal da Justiça Federal - <http://www.justicafederal.gov.br/> acesso em 21/09/2006

⁴⁸² BOBBIO, 1992, p. 31.

A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hamurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes⁴⁸³.

Certo é que a influência filosófico-religiosa nos então chamados direitos do homem⁴⁸⁴, fez-se sentida com as idéias de igualdade entre os homens por Buda (500 a. C), a *posteriore*, surge na “Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem”, tendo como destaque “a previsão de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural e superior as leis escritas, defendidas no pensamento de sofistas e estóicos“, como exemplo a obra citada no Item anterior – Antígona (441 a. C.), onde Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis superiores aos direitos escritos pelos homens”⁴⁸⁵. “Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade”⁴⁸⁶

Na verdade, os direitos do homem sempre existiram, pois os mesmos são inerentes ao ser humano, mas, nem sempre eles foram reconhecidos pelos detentores do Poder Estatal. Entretanto, tendo em vista a atual noção do vocábulo, doutrina considerável vincula a origem dos Direitos Fundamentais ao surgimento do Cristianismo, com toda a sua mensagem de igualdade entre os homens. Como destaca Ingo Sarlet, do “Antigo Testamento, herdamos a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus”. Nesse diapasão, da “doutrina estóica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus)”⁴⁸⁷.

⁴⁸³ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1. a 5. da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 24.

⁴⁸⁴ Saliente-se, que Alexandre Moraes utiliza a expressão “Direitos Humanos Fundamentais”. In: MORAES, 2002, *passim*.

⁴⁸⁵ MORAES, 2002, p. 25.

⁴⁸⁶ SARLET, 2005, p. 44. “Na Grécia, o trabalho dos filósofos, utilizando-se da razão foi essencial para a afloração do reconhecimento dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens”.

⁴⁸⁷ SARLET, 2005, p. 44.

Por sua vez, a influência das doutrinas jusnaturalistas, principalmente a partir do século XVI, foram de inegável importância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII. Já na Idade Média, desenvolveu-se a idéia da existência de postulados de cunho suprapositivo que, por orientarem e limitarem o poder, atuavam como critérios de legitimação de seu exercício⁴⁸⁸.

Denota-se, especial relevo, o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, “[...] professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo”, advogando que a “desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população”⁴⁸⁹.

Na Idade Média, reis pactuaram acordos com seus súditos, pelos quais era confirmada a supremacia monárquica mediante concessões a certos estamentos sociais. A mais conhecida destas Cartas foi a Magna Carta *Libertatum* firmada na Inglaterra, em 1215, pelo Rei João Sem Terra⁴⁹⁰. Para Ingo Sarlet, “há que descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses ‘direitos’ e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade”, principalmente por cuidar-se de “direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu

⁴⁸⁸ Cf. A PEREZ LUÑO, 1998. Idem, p. 30.

⁴⁸⁹ SARLET, 2005, p. 45. Ainda: “Também o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo no pensamento tomista, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista, tendo sido o humanista italiano Pico della Mirandola quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de Santo Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na idéia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem. Por sua vez, é no nominalismo do pensador cristão Guilherme de Occam que se busca a origem do individualismo que levou ao desenvolvimento da idéia de direito subjetivo, principalmente por obra de Rugo Grócio, que, no limiar da Idade Moderna, o definiu como ‘faculdade da pessoa que a torna apta para possuir ou fazer algo justamente’”.

⁴⁹⁰ Cf. SILVA, 1996, p. 136 “[...] a Magna Carta, assinada em 1215, mas só tornada definitiva só em 1225, não é de natureza constitucional, longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Ora, homens livres, nesse tempo, ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres”.

gozo”⁴⁹¹. “A partir do século XVI, mas principalmente nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das teorias contratualistas, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento”⁴⁹².

Paralelamente, ocorre um processo de laicização do direito natural, que atinge seu apogeu no iluminismo, de inspiração jusracionalista. Cumpre ressaltar que foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a idéia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período⁴⁹³.

Em suma, reportando-se ao magistério de Norberto Bobbio, deflui-se que o ensejo da união da doutrina dos direitos do homem e o contratualismo “é a comum concepção, segundo a qual, primeiro existe o indivíduo singular com seus interesses e com suas carências”, tomando a “forma de direitos em virtude da assunção de uma hipotética lei da natureza, e depois a sociedade, e não vice-versa como sustenta o organicismo em todas as suas formas”⁴⁹⁴. O Estado absolutista, sucessor do Estado feudal, mal grado a concentração de poderes concentrada no soberano, foi herdeiro de parte da estratificação social que imperou no período estamental⁴⁹⁵. Convém destacar que a “derrubada do *ancien régime* e a conseqüente instauração do Estado de direito ou Estado Liberal de Direito, sociologicamente, traz o fim da sociedade estamental e o início da sociedade de classes”⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ SARLET, 2005, p. 48.

⁴⁹² SARLET, 2005, p. 46.

⁴⁹³ SARLET, 2005, p. 47. Cogita-se com efeito, que a principal contribuição do contratualismo para a garantia dos direitos fundamentais se deu com base no silogismo de que, se o Estado deriva da vontade contratual dos homens, por esta mesma vontade, estes também podem desfazê-lo, ou reconstruí-lo de forma que garanta a liberdade do indivíduo em relação ao próprio Estado.

⁴⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Brasília: Editora Brasiliense, 1995. Para Norberto Bobbio: “O contratualismo moderno representa uma verdadeira reviravolta na história do pensamento político dominado pelo organicismo na medida em que, subvertendo as relações entre indivíduo e sociedade, faz da sociedade não mais um fato natural, a existir independentemente da vontade dos indivíduos, mas um corpo artificial, criado pelos indivíduos à sua imagem e semelhança e para a satisfação de seus interesses e carências e o mais amplo exercício de seus direitos”.

⁴⁹⁵ Cf. MIRANDA, Tomo IV, 1993, p. 76/77. Jorge Miranda lembra que o “Estado Estamental” é uma forma de transição entre o Estado feudal e o Estado absoluto ou Estado de polícia”. Assevera que tanto o “Estado estamental como o absoluto não ocorreram em igualdade de tempo e configuração em toda a Europa”. Os conhecidos “estamentos na França pré-revolucionária eram os “Três Estados: o clero, a nobreza e a burguesia”.

⁴⁹⁶ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 27.

Para Pérez Luño, a elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais⁴⁹⁷. Assim, e com idêntica importância na evolução dos Direitos Fundamentais encontra-se a participação da Revolução dos Estados Unidos da América⁴⁹⁸, sendo a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, a “Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, que era uma das treze colônias inglesas na América. Essa declaração é de 12.01.1776, anterior, portanto, à Declaração de Independência dos EUA”⁴⁹⁹.

As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, [...] ⁵⁰⁰.

Quanto à França, além das contribuições doutrinárias e filosóficas, conforme Ribeiro Bastos, “é sabido que ela também colaborou com a fixação dos direitos individuais por meio de uma declaração que até hoje, possivelmente, seja a mais célebre: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789”⁵⁰¹, “fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França”. Mas, tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como especialidade comum sua “profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento”⁵⁰².

⁴⁹⁷ PÉREZ LUÑO, 1998. *Idem*, p. 33.

⁴⁹⁸ MORAES, 2002, p. 27.

⁴⁹⁹ SILVA, 1996, p. 137.

⁵⁰⁰ SARLET, 2005, p. 54.

⁵⁰¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 153.

⁵⁰² SARLET, 2005, p. 51

Todavia, faz-se cogente assinalar algumas diferenças relevantes entre a Declaração de 1789 e os direitos e liberdades consagrados pelo constitucionalismo americano. Neste desiderato, Ingo Sarlet, anota “que o maior conteúdo democrático e social das declarações francesas é o que caracteriza a ‘via’ francesa do processo revolucionário e constitucional”. Incita, ainda, a atentar “ao fato de que a preocupação com o social e com o princípio da igualdade transparece não apenas na Declaração de 1789, mas também na Constituição de 1791” e, sobretudo, “na Constituição jacobina de 1793, de forte inspiração rousseauiana, na qual chegaram a ser reconhecidos os direitos ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados”⁵⁰³.

A contribuição francesa, no entanto, foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições liberais do século XIX. Certo, que a declaração de Direitos da Constituição francesa esboçou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais que seria, posteriormente, definitiva a partir dos diplomas constitucionais do século XX⁵⁰⁴.

Alexandre de Moraes pontua, “que o início do século XX trouxe diplomas constitucionais fortemente marcados pelas preocupações sociais”⁵⁰⁵ (Constituição mexicana, 1917; Constituição de Weimar, 1919; Constituição Soviética, 1918, etc). No entanto, Jorge Miranda defende, que do “Estado Liberal ao Estado Social de Direito o desenvolvimentos dos Direitos Fundamentais faz-se no interior das instituições representativas” e de forma a manter “a harmonização entre direitos de liberdade e direitos económicos, sociais e culturais”⁵⁰⁶. Apesar das declarações e da consagração das liberdades, os direitos fundamentais nem sempre foram obedecidos⁵⁰⁷, é só recordar os efeitos da Primeira Guerra Mundial e mais

⁵⁰³ SARLET, 2005, p. 52. “Atente-se, ainda, para a circunstância de que a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais, recém traçada de forma sumária, culminou com a afirmação (ainda que não em caráter definitivo) do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) destes direitos”.

⁵⁰⁴ MORAES, 2002, p. 29.

⁵⁰⁵ MORAES, 2002, p. 29/30.

⁵⁰⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 25

⁵⁰⁷ É salutar conferir, ainda, a tese de BOBBIO de que o nascimento dos Direitos Fundamentais na era moderna coincide com a concepção individualista da sociedade: “no plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...]”. In: BOBBIO, 1992, p. 04.

intensamente após a Segunda, quando vários países se viram em regimes autoritários, com a conseqüente supressão de Direitos Fundamentais. E, mesmo após a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, ao adentrar-se o terceiro milênio, transparece o constante desrespeito aos Direitos Fundamentais.

Delimitadas as linhas básicas da perspectiva histórica dos Direitos Fundamentais, passar-se-á a traçar as premissas necessárias à compreensão do alcance e significado de tão relevantes direitos na Constituição Federal Brasileira de 1988, como medida necessária, sob pena de obter-se, ao final, um trabalho desprovido da completude teórica indispensável a qualquer ensaio monográfico.

3.1.3 Alcance e significado dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988.

Delimitadas as premissas a nível da historicidade necessária à compreensão da doutrina dos Direitos Fundamentais, tem-se por certo, que situar tais direitos no contexto social brasileiro é medida imprescindível, sob pena de obter-se, ao final, um trabalho desprovido da completude indispensável a qualquer ensaio monográfico. Pois, é de sapiência geral que a declaração de direitos fundamentais em textos contemporâneos, entre eles a Constituição Brasileira - que possui um vasto rol de garantias do indivíduo - não termina com a preocupação sobre o tema - aliás, ele sempre perdurará. Deve-se pugnar, ademais, pela obediência e pelo respeito das garantias declaradas e asseguradas ao indivíduo bem, como pela declaração dos direitos ainda não reconhecidos.

Como ressalta Pablo Verdú, “todo governo e toda Constituição resultam de forças e tendências que impulsionam os homens a reunir-se em comunidades organizadas e a dirigir seus esforços a um fim comum”⁵⁰⁸. O novo Direito Constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da “força normativa da Constituição”⁵⁰⁹ e o desenvolvimento de uma dogmática da

⁵⁰⁸ VERDU, 2004, p. 77

⁵⁰⁹ HESSE, 1991, p. 34.

interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. Saliente-se que tais mudanças de paradigmas estão imbricadas aos Direitos Fundamentais.

A Constituição brasileira de 1988, gestada sob a “aspiração de ser um instrumento da cidadania contra o arbítrio, ampliando as liberdades individuais e assegurando vários direitos sociais ao nosso povo”⁵¹⁰, representou um divisor de águas nos estudos de Direito Constitucional, ao renovar substancialmente a metodologia aplicável a compreensão do Direitos Fundamentais, ante um discurso hermenêutico de índole valorativa, oferecendo suportes teóricos e instrumentais a amparar a realização do sentido da Constituição⁵¹¹. Konrad Hesse infere que para a preservação e fortalecimento da força normativa da Constituição se funda indispensável a existência de uma “vontade de Constituição”⁵¹², o que completa Ingo Sarlet ao afirmar que pode-se falar em uma “vontade dos Direitos Fundamentais, ainda mais quando estes integram o núcleo essencial de qualquer Constituição que mereça esta designação”⁵¹³.

Mantendo a tradição do Direito Constitucional positivo anteriores, a Constituição Federal de 1988, destaca, em capítulo autônomo, os direitos e garantias fundamentais. Esta consagração é de extrema importância porque, dada a hierarquia das normas, faz com que tais disposições se sobreponham, tanto ao legislador ordinário, como ao administrador público, sendo original a “outorga aos Direitos Fundamentais, pelo Direito Constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido é que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional”⁵¹⁴.

Três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas (ao menos em parte) como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. Com efeito, é preciso reconhecer que, em face do seu grande número de dispositivos legais (246

⁵¹⁰ SCAFF, Fernando Facury. Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Organizador - Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. (Apresentação).

⁵¹¹ Neste sentido, leia-se: SARMENTO, 2003, SARLET, 2005, BARROSO, 1999; GUERRA FILHO, 2005; STRECK, 2002.

⁵¹² HESSE, 1991, p. 32.

⁵¹³ SARLET, 2005, p. 81.

⁵¹⁴ SARLET, 2005, p. 73.

artigos e 74 disposições transitórias), a Constituição de 1988 se enquadra no rol das assim denominadas Constituições analíticas [...]. Este cunho analítico e regulamentista reflete-se também no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), que contém ao todo sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, sem se fazer menção aqui aos diversos direitos fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional. Neste contexto, cumpre salientar que o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos⁵¹⁵.

Os direitos fundamentais se apresentam, na normativa constitucional, como um “conjunto de valores objetivos básicos e, ao mesmo tempo, como marco de proteção de situações jurídicas subjetivas”, desempenhando, no âmbito do atual constitucionalismo pátrio, uma “dupla função: no plano subjetivo, seguem atuando como garantias da liberdade individual”, mesmo que a essa tessitura clássica se “acrescente a defesa de aspectos coletivos e sociais”; por sua vez no plano objetivo, “assumiram uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve funcionalizar-se para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados”⁵¹⁶.

Ao se abordar a posição dos direitos elencados na seara da Constituição Federal de 1988, dentre as inovações, “assume destaque a situação topográfica dos Direitos Fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais”. Desta forma, além de “traduzir maior rigor lógico”, na proporção em que os “Direitos Fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo”⁵¹⁷ no âmbito destes Direitos. Quanto à terminologia adequada, infere Ingo Sarlet:

Além disso, a própria utilização da terminologia “direitos e garantias fundamentais” constitui novidade, já que nas Constituições anteriores costumava utilizar-se a denominação “direitos e garantias individuais”, desde muito superada e manifestamente anacrônica, além de desafinada em relação à evolução recente no âmbito do direito constitucional e

⁵¹⁵ SARLET, 2005, p. 75.

⁵¹⁶ VALE, André Rufino do. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004, p. 46. “Na medida em que o Estado Liberal evoluiu para formas de Estado Social de Direito, os direitos fundamentais deixaram de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para transformar-se em um conjunto de valores diretos da ação positiva dos poderes públicos”.

⁵¹⁷ SARLET, 2005, p. 77.

internacional. A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático, enquadrando-se na categoria das normas de eficácia limitada⁵¹⁸.

Ainda, a magnitude do acervo dos Direitos Fundamentais na Carta Magna, “aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderantemente positiva digna de referência”. Mas, a mais significativa a inovação refere-se ao artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal⁵¹⁹, de “acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata”, afastando o “cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo”.

Com a clareza solar consagrou-se de vez o “*status* jurídico diferenciado e reforçado” dos Direitos Fundamentais na Constituição vigente. Conseqüência dessa arquitetura, a Constituição Federal de 1988, de forma inédita, estabelece ao fim do extenso rol (exemplificativo) capitulado no seu Título II que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais rubricados pelo Brasil.

Repisadas as considerações expendidas até o momento, torna-se inevitável uma incursão ao universo do Estado Democrático de Direito, pois somente através dele tem-se a efetiva institucionalização dos Direitos Fundamentais, corolário da dignidade da pessoa humana. A dignidade humana, por sua vez, fonte ética, que se impõe, hoje, como critério e parâmetro de valoração a conferir unidade de sentido à doutrina dos Direitos Fundamentais, que via de conseqüência, adquire igual força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Certo, que não se esgotou o tema analisado, nem se tem a pretensão de exauri-lo, pois buscava-se apenas algumas ilações como balizamento ao rumo do

⁵¹⁸ SARLET, 2005, p. 77.

⁵¹⁹ BRASIL. Constituição, 1988.

próximo sub-capítulo, concernente a eficácia dos Direitos Fundamentais. Como ponte para a conclusão do terceiro capítulo, traçar-se-á algumas considerações em torno da problemática das dimensões dos Direitos Fundamentais, busca-se o significado do princípio da aplicabilidade imediata (direta) e ou mediata (indireta) na esfera privada e da plena eficácia das normas definidoras de Direitos Fundamentais, como forma de introduzir os temas finais do trabalho em pauta.

3.2 Pressupostos da idéia da eficácia dos Direitos Fundamentais

Desde o momento em que a idéia de que o Direito Privado (em especial o Direito Civil) não pode ser analisado apenas a partir dele próprio, “devendo sofrer o influxo do Direito Constitucional”, começou-se a questionar sobre o “tipo de eficácia que os Direitos Fundamentais poderiam ter no âmbito das relações estritamente intersubjetivas”⁵²⁰. Como sustenta Jorge Reis que em seu desenvolvimento, o processo histórico “alargou o campo da eficácia de tais direitos, tornando, por isso, atualmente, corrente o estudo das diferentes dimensões de Direitos Fundamentais em face do particular, determinando a horizontalização da eficácia”⁵²¹.

A questão “concernente à extensão dos direitos fundamentais sobre as relações privadas”, identifica densas “conexões com a forma pela qual encaramos o Estado, a sociedade e os direitos humanos”. É cogente avaliar que a extensão os Direitos Fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma “sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa”⁵²².

Ocorre, como coloca Daniel Sarmento, “não seria correto simplesmente transplantar o particular para a posição e sujeito passivo do Direito Fundamental, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos”, uma vez que o indivíduo, ao contrário do Estado, é titular de Direitos Fundamentais, e “está

⁵²⁰ FACCHINI NETO, 2005, p. 29.

⁵²¹ REIS, Jorge Renato dos. A construção de um novo direito privado pela efetivação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. In: *Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Sandra Regina Martini Vial (Coordenadora). Porto Alegre: Evangraf, 2005.

⁵²² SARMENTO, 2006, p. 03.

investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados”. Sendo este o motivo pelo qual se “criou toda a celeuma em torno da chamada eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais”⁵²³.

A procura por uma fórmula de compatibilização entre uma tutela efetiva dos Direitos Fundamentais e a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana, consiste num ponto nodal da questão eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. As posições que priorizam o primeiro aspecto, ou seja, a tutela efetiva dos Direitos Fundamentais, “tenderão a defender uma eficácia mais ampla destes direitos entre os particulares”, enquanto as que conferem um peso maior à autonomia privada, “vão alinhar-se às teses que mitigam de forma mais marcante esta incidência”⁵²⁴. Assim, passa-se a enfocar de forma mais incisiva o tema apresentado.

3.2.1 Algumas considerações em torno da problemática das dimensões dos Direitos Fundamentais

Reprisando, os Direitos Fundamentais podem ser compreendidos como a pauta de garantias mínimas, sem as quais seria impossível a plena realização das virtualidades humanas. Sob tais denominações identificam-se, em suma, os direitos atinentes à tutela do ser humano, considerados essenciais à sua dignidade e integridade⁵²⁵. Complementa a idéia acerca do conteúdo dos Direitos Fundamentais a explicação oferecida por Luigi Ferrajoli, no sentido de que “*los derechos fundamentales corresponden a valores y a necesidades vitales de la persona histórica y culturalmente determinados*”. Ainda, “*y es por su calidad, cantidad y grado de garantía como puede ser definida la calidad de una democracia y medirse el progreso*”⁵²⁶.

Também como já foi advertido, somente a partir do “reconhecimento e da consagração dos Direitos Fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas “gerações” (ou dimensões)”

⁵²³ SARMENTO, 2006, p. 185.

⁵²⁴ SARMENTO, 2006, p. 186.

⁵²⁵ TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

⁵²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 916.

dos Direitos Fundamentais, em face das conexões às mudanças suscitadas pelo “reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal [...] para o moderno Estado de Direito [...]”, ainda, pelas influências decorrentes do “processo de descolonialização”, de “industrialização e seus reflexos”, e pelo “impacto tecnológico e científico, e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes neste contexto”⁵²⁷.

Por esta fenda, fica implícita a “idéia de que a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu *status* constitucional material e formal”⁵²⁸. Paralelamente, é de situar que a teoria dos *status* enseja a classificação dos Direitos Fundamentais em dimensões⁵²⁹, razão pela qual se apresenta indispensável traçar-se considerações a respeito das diversas dimensões e de suas características, próprias dos momentos históricos que inspiraram tal divisão. Costumeiramente, ante as transformações histórico-sociais pelas quais perpassam os Direitos Fundamentais, indicar a existência de três dimensões de direitos, no entanto há aqueles que defendem uma quarta dimensão, quiçá outras.

Os considerados direitos de primeira dimensão, conforme José Sampaio, “por terem sido os primeiros que apareceram na Era dos Direitos são rotineiramente chamados de ‘direitos’ ou ‘liberdades’ de primeira geração ou de ‘base liberal’”⁵³⁰. Esta dimensão dos direitos fundamentais, então, corresponderia àqueles direitos básicos dos indivíduos relacionados a sua liberdade, considerada em seus vários aspectos.

⁵²⁷ SARLET, 2005, p. 43.

⁵²⁸ SARLET, 2005, p. 43.

⁵²⁹ Muito embora a expressão “geração de direitos” já esteja enraizada na melhor doutrina e jurisprudência, opta-se, desde logo, pela expressão “dimensão de direitos”. Isso porque a divisão dos direitos fundamentais em gerações invariavelmente induz à idéia de sucessão. Neste sentido manifesta-se Fernando Scaff: “Começamos pela crítica à expressão “geração de direitos”. A palavra “geração” traduz a impressão de algo que foi gestado em certo momento, cresceu, se desenvolveu e posteriormente feneceu. sendo substituído por uma nova leva, que deverá ultrapassar aquele grupamento ou entendimento anterior. Algo como o que ocorre em uma sociedade, observado o aspecto biológico: filhos e netos que sucedem aos seus pais e avós, tornando-se uma nova geração. [...] “A idéia de *dimensão* não implica no fenecimento do um direito para o surgimento de outro, mas no descobrimento de outras formas de aplicação daquele mesmo texto de norma a outras situações sociais possíveis”. In: Para além dos fundamentos do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Organização Rogério Gesta Leal. Tomo 3. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 689/ 690.

⁵³⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 259.

Os direitos atinentes a esta primeira dimensão significariam, portanto, uma limitação do Poder Público, um não fazer do Estado, uma prestação negativa em relação ao indivíduo, em face desta dimensão encerrar os postulados dos cidadãos diante da atuação do Poder Público, que deverá buscar o controle e limitação dos desmandos dos governantes, de modo que estes respeitem as liberdades individuais da pessoa humana. Por este motivo, são apresentados como “direitos de cunho ‘negativo’”, uma vez que dirigidos a uma abstenção por parte dos poderes públicos, considerados “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”⁵³¹.

Assumem particular relevo no rol destes direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva [...] e pelos direitos de participação política [...]. cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar o catálogo das Constituições no limiar do terceiro milênio [...].⁵³²

Já a segunda dimensão dos Direitos Fundamentais aparece com os direitos sociais, econômicos e culturais, “direitos portanto, de base social”. Surgem como “deveres impostos ao Estado” (já na Constituição francesa de 1791). No “Brasil surgiu com o texto constitucional de 1934”⁵³³. Assim, a segunda dimensão de direitos encontra esteio na idéia de *igualdade*, abrangendo valores de natureza coletiva que têm por moto a tutela de interesses afetos a grupos ou à inteira sociedade, por sua vez, fundada no ideário da igualdade, reflete uma exigência direcionada ao Poder Público, no sentido de que este atue efetivamente em favor do cidadão. Tal necessidade de prestação positiva do Estado corresponderia aos chamados direitos sociais dos cidadãos, direitos não mais considerados individualmente, mas sim de caráter econômico e social, com o objetivo de garantir à sociedade melhores condições de vida.

Esta dimensão de direitos guarda estreito vínculo com as condições de trabalho da população. Ao contrário dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que se contrapõem ao poder ilimitado do Estado, os direitos fundamentais de

⁵³¹ BONAVIDES, 1998, p. 517.

⁵³² SARLET, 2005, p. 55.

⁵³³ SAMPAIO, 2004, p. 261.

segunda dimensão requerem, para sua efetivação, uma participação real do Poder Estatal. “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”⁵³⁴. Os direitos individuais, dessa forma, passam a ser encarados não mais como valores absolutos, no momento em que se lhes reconhece, de forma geral, uma função social.

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda plenitude⁵³⁵.

Surge, enfim, uma nova classe de Direitos Fundamentais, não mais com o escopo de proteger interesses individuais ou coletivos, porém com o intuito de preservar o próprio gênero humano, como valor supremo de sua existência terrena. Trata-se, pois, da terceira dimensão; uma dimensão de direitos como “resposta à dominação cultural e como reação ao alarmante grau de exploração das nações em desenvolvimento por aquelas desenvolvidas”, bem como quadros de “injustiça e opressão no próprio ambiente interno dessas nações”⁵³⁶.

Os Direitos Fundamentais da terceira dimensão, também denominados de “direitos de fraternidade ou solidariedade” representam, por assim dizer a evolução para alcançar e proteger aqueles direitos decorrentes de uma sociedade já modernamente organizada, envolta em relações de diversas naturezas, especialmente aquelas relativas à industrialização e densa urbanização. Tais direitos trazem como “nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo, destinando-se a proteção de grupos humanos”, dessarte têm uma titularidade coletiva⁵³⁷. Para Paulo Bonavides, os direitos da terceira dimensão, “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade”, cristalizaram-se no fim

⁵³⁴ SARLET, 2005, p. 56.

⁵³⁵ BONAVIDES, 1998, p. 565

⁵³⁶ Cf. SAMPAIO, 2004, p. 293. Destaca-se que o autor trata os direitos de terceira dimensão como “direitos terceiro-mundistas” ou “estatistas”.

⁵³⁷ SARLET, 2005, p. 58.

do século XX, “enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado”⁵³⁸.

Salienta-se, que os direitos da terceira dimensão, tais quais, os direitos sociais, também encontram resistências à sua efetivação, sendo-lhes despendida pouca reflexão e conferida baixa densidade normativa, situação que se avulta em razão de ainda não terem, em grande parte, merecido assento constitucional. “Na sua essência e pela sua estrutura jurídica” de direitos de “cunho excludente e negativo, de caráter defensivo”, poderiam enquadrar-se, na verdade, “na categoria dos direitos de primeira dimensão, evidenciando assim a permanente atualidade dos direitos de liberdade”,⁵³⁹ adequados às exigências do homem contemporâneo.

Por fim, há que se ressaltar a identificação de uma quarta geração de direitos fundamentais, a qual abarcaria os direitos à democracia, informação e pluralismo. Paulo Bonavides é um dos autores que defendem seu reconhecimento, conjugando estes valores em uma linhagem apartada de direitos fundamentais⁵⁴⁰. Os direitos fundamentais de quarta dimensão resultam da preocupação política que os avanços tecnológicos impõem ao meio social, afetando as suas estruturas econômicas, culturais e jurídicas vigentes. Refletem, em verdade, a posição política do homem num mundo globalizado⁵⁴¹.

Os direitos da primeira, da segunda e da terceira geração abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 [...]. A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade⁵⁴².

⁵³⁸ BONAVIDES, 1998, p. 569.

⁵³⁹ SARLET, 2005, p. 58.

⁵⁴⁰ Cf. BONAVIDES, 1998, p. 370.

⁵⁴¹ Importante que se destaque que Paulo Bonavides sugere uma quarta dimensão, que é objeto de estudo neste item, enquanto José Alcebíades de Oliveira Junior preconiza a existência de uma quinta “geração” de direitos fundamentais. Todavia, a quarta “geração”, por este apresentada difere da preconizada por Paulo Bonavides, haja vista que defende como inserido nesta os direitos relacionados à biotecnologia. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 97, et seq.

⁵⁴² BONAVIDES, 1998, p. 370-371.

A evolução do sistema protetivo, inscrito no rol de direitos reputados essenciais, o qual seguiu na esteira da elevação da dignidade humana a paradigma fundante do Estado Democrático de Direito, ultrapassou a esfera da tutela de interesses individuais, invadindo a seara coletivista e, com especial relevo, pluralista. Não obstante a variedade de dimensões de direitos admitidas ou das diversas conceituações a elas atribuídas, o que se deve levar em conta é o entrelaçamento que as conectam, formando o tecido basilar da sociedade, de onde emergem as orientações para uma atuação estatal respeitadora do corpo social e valorizadora do ser humano.

Assim, num futuro incerto, não é de surpreender o nascimento de novas dimensões de Direitos Fundamentais, impossíveis de serem, no momento, comensuradas. Desta forma, em linhas gerais, o estudo até o momento desenvolvido reflete um pouco daquilo que se convencionou chamar de doutrina dos Direitos Fundamentais. Tem-se, por certo, que as noções ora lançadas servirão de norte para a consecução do tema proposto. Em seqüência procura-se alcançar os sentidos do princípio da aplicabilidade da plena eficácia dos Direitos Fundamentais, em especial nas relações interprivadas.

3.2.2 A eficácia dos Direitos Fundamentais: significado do princípio da aplicabilidade imediata ou direta na esfera privada

A partir de então, tem-se por objeto o “tema da eficácia de Direitos Fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares” (pessoas físicas e pessoas jurídicas), também identificado como “tema da eficácia horizontal de Direitos Fundamentais”⁵⁴³. Situa-se, para melhor compreensão, como ponto de destaque, com o término do sistema liberal (ou Estado Liberal), necessitando uma maior proteção da sociedade como um todo⁵⁴⁴, assim, a efetividade dos Direitos

⁵⁴³ STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 21.

⁵⁴⁴ Neste sentido, manifesta-se Ingo Sarlet: “Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a constatação de que, ao contrário do Estado Clássico Liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa exerciam – ou pelo menos, eram concebidos deste modo – a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito da sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade física, etc.) alcançando, portanto relevância apenas nas relações entre os indivíduos e o estado, como reflexo da então preconizada separação entre

Fundamentais se apresenta como um instrumento que busca tutelar as relações vulneráveis, em razão dos poderes de fato não estatais.

Conjuntamente com o argumento acima expendido, a teoria da Constituição como valor máximo social, bem como ordem de valores emanada da sociedade, deu margem à aceitação dos Direitos Fundamentais como agentes reguladores, não só da relação indivíduo Estado, mas da mesma forma, das relações jurídicas estabelecidas entre particulares⁵⁴⁵.

Como pontua, Wilson Steinmetz, a vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais é um “fenômeno’ jurídico-constitucional de competência da dogmática geral dos direitos fundamentais”. É, também, “tarefa da dogmática dos diferentes Direitos Fundamentais”. Certo que a “dogmática pontual pode oferecer uma imagem mais definida da eficácia dos diferentes Direitos Fundamentais nos diferentes âmbitos das relações entre particulares”. Não se pode esquecer sua utilidade para a “construção de eventuais soluções diferenciadas”⁵⁴⁶. Mas, Wilson Steinmetz, chama a atenção para a complexidade do tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares:

Não é tarefa simples definir de plano, se o território das relações jurídicas interprivadas é uma zona de exclusão de direitos fundamentais ou se, ao contrário) nesse território direitos fundamentais se projetam, moldando e conformando situações inter-individuais e sociais vitais. E, no caso de resposta positiva, ainda menos simples é definir a forma e o alcance dessa projeção. Um sintoma significativo do caráter complexo e controverso do tema é a falta de uma construção, dogmática ou jurisprudencial, clara, precisa e unitária, como já referido acima, e o elevado grau de concorrência entre diferentes teorias⁵⁴⁷.

Todavia, a teoria da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas é recente, evoluiu concomitantemente a expansão das teorias: da força normativa da constituição e dos princípios. Surgiu em meados do

sociedade e Estado, assim como entre público e o privado, no assim denominado estado Social de Direito tal configuração restou superada”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. IN *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 117/118.

⁵⁴⁵ PEREIRA, 2003, p. 157.

⁵⁴⁶ STEINMETZ, 2004, p. 26.

⁵⁴⁷ STEINMETZ, 2004, p. 34.

século passado⁵⁴⁸, como conceito de *Drittwirkung der Grundrechte*⁵⁴⁹ na Alemanha⁵⁵⁰. Salienta-se, que foi com a Constituição alemã de 1949 e as interpretações, daí advindas, que se pode declarar o pioneirismo desta teoria^{551 552}.

Mas, como se pretende, no presente trabalho, circunscrever-se à eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas, fazer uma ressalva à questão da constitucionalização do Direito Privado, devido ao fato de que, em virtude de sua amplitude, tal fenômeno não se restringe às relações entre os Direitos Fundamentais e o Direito Privado. “A convicção de que a relação entre os Direitos Fundamentais consagrados pela Constituição e o Direito Privado assume feições específicas e diferenciadas, no contexto das relações entre a Constituição e o Direito Privado”, só que isto não afasta a existência de uma série de elementos comuns [...]”. Sob esta ótica, verifica-se que as “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 52, § 2º, da Constituição de 1988)”, o que, por si só, já bastaria para “confirmar o tratamento privilegiado, que os Direitos Fundamentais reclamam no âmbito das relações entre Constituição e Direito Privado”⁵⁵³.

⁵⁴⁸ “A partir da década de cinquenta, na Europa, começam a aparecer posições doutrinárias que apontam numa mesma direção: as normas constitucionais que reconhecem direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico. Apesar da existência de divergência quanto ao modo de operação dessa eficácia, são cada vez mais numerosos os autores persuadidos da unidade do ordenamento e da imperiosa necessidade de proteção das liberdades frente aos poderes de fato, constatada a aproximação substancial entre as relações públicas e privadas de dominação. Gradualmente vai crescendo a convicção de que a tutela dos direitos fundamentais seria incompleta se não abarcasse de alguma maneira os ataques provenientes de sujeitos privados, ou até mesmo do Estado, quando atua como ente privado.” VALE, André Rufino. Constituição e Direito Privado: Algumas Considerações sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. *Revista de Direito Público*. Nº 6. Porto Alegre: Síntese 2004, p. 98

⁵⁴⁹ Tradução literal do termo: “efeito frente a terceiros dos direitos fundamentais”. In: SARLET, 2005.

⁵⁵⁰ SARLET, 2000, p. 113

⁵⁵¹ SARLET, 2000, *Ibidem*. Ainda, manifesta-se Jane Pereira da seguinte forma: “O debate sobre a possibilidade e a forma de os direitos fundamentais incidirem nas relações interprivadas estabeleceu-se na Alemanha e nos EUA desde meados do século XX, e hoje assume destaque em número crescente de ordenamentos constitucionais. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares*. (in) BARROSO. Luis Roberto (org). *A Nova Interpretação Constitucional Ponderação, direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 120.

⁵⁵² PEREIRA, 2003, p. 100/102, *passim*. Cf. Jane Pereira: “Esta teoria, evoluiu muito na Alemanha, tendo seus primeiros reflexos na área trabalhista, mais adiante virou um produto de exportação, alcançando a Europa, onde tem ganhado muita importância no âmbito do sistema de proteção dos direitos humanos da União Européia, com base em sua relação de direito a vida liberdade e a vida privada. Hoje já considera-se teoria difundida em vários de teoria constitucional avançada, dentre eles podemos citar nosso país, Portugal, Itália, Holanda, Bélgica, Áustria, Suíça, Japão, África do Sul, Espanha”.

⁵⁵³ SARLET, 2000, p. 108.

Partido-se do critério dos destinatários (aqueles que se encontram vinculados) das normas definidoras de direitos fundamentais, percebe-se a distinção entre a chamada eficácia "vertical" e "horizontal" dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado. Assim, podemos falar de uma eficácia de natureza "vertical" dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, sempre que estiver em questão a vinculação das entidades estatais (públicas) aos direitos fundamentais, isto é, sempre que falamos da vinculação do legislador privado, mas também dos órgãos do Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional no que diz com a aplicação das normas do Direito Privado e a solução dos conflitos entre particulares⁵⁵⁴.

A denominada eficácia "horizontal" dos Direitos Fundamentais é merecedora de especial a atenção, por se tratar da "problemática da eficácia dos Direitos Fundamentais, no âmbito das relações entre particulares, mais propriamente, da vinculação destes (pessoas físicas ou jurídicas) aos direitos fundamentais". Portanto, convém adentrar-se à análise, propriamente dita, das teorias da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.

A teoria da aplicabilidade imediata e da plena eficácia das normas definidoras de Direitos Fundamentais se caracteriza, principalmente, pela desnecessidade de intermediações concretizadoras. A teoria da eficácia imediata (*unmittelbare Drittwirkung*), também denominada teoria da eficácia direta (*direkte Drittwirkung*) imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas foi desenvolvida especialmente por Nipperdey, na (Alemanha, década de cinqüenta), e, embora não seja a doutrina predominante no seu país de origem e nem a tese acatada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, vem sendo adotada pela jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho alemão, além de receber aceitação majoritária na Itália, Espanha e Portugal⁵⁵⁵.

Conforme indica a própria denominação da teoria - imediata, os adeptos desta teoria afirmam que os Direitos Fundamentais incidem diretamente no âmbito jurídico privado, sem necessidade de intermediação por parte do legislador, podendo ser invocados de forma direta pelos particulares nas suas relações jurídicas privadas. Assim, os direitos fundamentais, como valores constitucionais objetivos, não afetariam as relações jurídicas entre os particulares, nem influir na interpretação das

⁵⁵⁴ SARLET, 2000, p. 109.

⁵⁵⁵ Cf. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p.186/187 e SARMENTO, 2006, p.245-247, passim.

normas de direito privado. De forma clara explica, Wilson Steinmetz, as bases teóricas desta forma de vinculação:

(I) As normas de direitos conferem ao particular (indivíduo cidadão) uma posição jurídica oponível não só ao Estado, mas também, aos demais particulares. Trata-se do *status socialis* de que falava Nipperdey, uma jurídica que autoriza o particular a elevar uma pretensão de respeito contra todos. (II) Os direitos fundamentais são e atuam como direitos subjetivos constitucionais independentemente, de serem públicos ou privados. (III) Como direitos subjetivos, constitucionais, a não ser que o Poder Constituinte tenha disposto o contrário, operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das gerais do direito privado.⁵⁵⁶

Notadamente a partir do século XX, a sociedade tomou conta, de que os riscos a seus direitos, não advinham apenas, dos poderes públicos, mas além desses, dos crescentes grupos sociais que detinham não só capital, mas também poder. Neste ponto, sendo os Direitos Fundamentais, além de normas valores consagrados constitucionalmente, válidos por toda a ordem jurídica, deveriam vincular todas as relações, sejam particulares ou não, valendo diretamente, contra entidades privadas que de alguma forma, ou se valendo de alguma lei infraconstitucional, detenham poder real de subjugar ou afetar intensamente pontos relevantes da vida e personalidade de sujeitos tidos como cidadãos⁵⁵⁷.

Desta forma, a tensão dialética entre poder (autoridade) e liberdade já não se manifesta mais, apenas nas relações travadas entre os cidadãos e o Estado, mas apresenta-se também nas relações entre particulares travadas no âmbito jurídico do direito privado, comprometendo a própria autonomia privada. Por tanto, os defensores da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas ressaltam a necessidade de adotar uma postura jurídica que enfrente essa nova realidade do poder privado e das ingerências, tanto estatais quanto privadas, no âmbito dos direitos fundamentais.

⁵⁵⁶ STEINMETZ, 2004, p.169

⁵⁵⁷ PEREIRA, 2003, p. 161 passim.

Torna-se importante destacar, que o Artigo 18⁵⁵⁸ da Constituição Portuguesa, deixa claro que a vinculação adotada em Portugal é a vinculação direta - único país que se tem notícia, que previu a vinculação no corpo da Constituição⁵⁵⁹. Nas palavras do constitucionalista português Gomes Canotilho, quando se manifesta acerca da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas:

Os juizes, embora vinculados em primeira linha pela mediação legal dos direitos, liberdades e garantias, devem também dar operatividade prática a função de protecção (objectiva) dos direitos, liberdades e garantias. a) em primeiro lugar, devem fazer uma aplicação do direito privado legalmente positivado em conformidade com os direitos fundamentais pela via da interpretação conforme a constituição. B) se a interpretação conforme os direitos, liberdades e garantias for insuficiente cabe sempre na competência dos tribunais a desaplicação da lei (inconstitucionalidade) violadora de direitos (subjectivos) ou dos bens constitucionalmente garantidos pelas normas consagradoras de direitos fundamentais.⁵⁶⁰

Esta “operatividade”, a qual se manifesta Gomes Canotilho⁵⁶¹, nada mais é que a própria concreção, de forma clara, da teoria da vinculação dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas. Assim, como o jurista português menciona, se uma norma é contrária aos direitos fundamentais, deve ser expurgada do caso em concreto analisado, uma vez que a mesma é inconstitucional, ainda que se tratando de uma relação jurídica claramente privada. Esta ultima forma, de vinculação a direta ou imediata, nos dá a noção que bem clara de concretização da teoria com base na inconstitucionalidade da lei, tida aqui, como contrária aos direitos fundamentais e por lógica, a própria constituição uma vez que é esta quem os elege⁵⁶².

Neste sentido manifesta-se Daniel Sarmiento, quando advoga que, no momento em que a primeira via da interpretação não puder ser utilizada, por ferir direitos fundamentais, deve-se partir para o “exercício do controle incidental de constitucionalidade”⁵⁶³. Neste desiderato, de forma clara e explícita, ambos os

⁵⁵⁸ Art. 18./1 da Constituição Portuguesa: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Da Constituição Portuguesa. In: www.planalto.gov.br acessado em 8 de maio de 2006”.

⁵⁵⁹ SARMENTO, 2006, p.226.

⁵⁶⁰ CANOTILHO, 2006, p. 1249.

⁵⁶¹ Ibidem.

⁵⁶² Cf. REIS, 2005, p. 1506/1507.

⁵⁶³ SARMENTO, 2006, p.227.

autores, elegem o controle incidental de constitucionalidade, como meio de produzir, nas palavras de Gomes Canotilho, “operatividade”⁵⁶⁴, e assim ocorrer a tão esperada concreção dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas. Dessa forma, a Constituição não estabelece apenas a base das relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e os cidadãos, mas contém também os princípios norteadores das relações jurídicas estabelecidas entre os particulares. Nesse sentido.

*Se el poder constituyente es único y mediante él la sociedad se intenta dotar de los elementos básicos sobre los que se habrá de configurar el entero ordenamiento jurídico, no existe, a priori, razón alguna que impida que las que él mismo há establecido como bases de la vida jurídica con fuerza normativa afecten también al ámbito constituido por las relaciones que los particulares establecen entre sí*⁵⁶⁵.

Verifica-se mais um contexto da evolução jurídica da Constituição e do Estado que abaliza a incidência direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas: o caráter normativo da Constituição e sua condição de norma e elemento de unidade de todo o ordenamento jurídico⁵⁶⁶. Outrossim, acastelar a eficácia imediata dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, não significa, somente, substituir incondicionalmente o Estado pelo particular como destinatário dos Direitos Fundamentais, nem tão pouco, transpor estes direitos ao âmbito do direito privado. Há de ser invocado o fato, de que no âmbito das relações privadas, está em jogo o equilíbrio entre os Direitos Fundamentais e a autonomia privada, de forma que a incidência do Direito Fundamental na esfera privada deva ser ponderada com o princípio da autonomia privada.

3.2.3 A eficácia dos Direitos Fundamentais: significado do princípio da aplicabilidade mediata ou indireta na esfera privada

Em contrariedade à forma de vinculação anterior, tem-se agora a teoria da vinculação indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Por sua vez a teoria da eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*), também

⁵⁶⁴ CANOTILHO, 2006, p. 1249.

⁵⁶⁵ NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 215.

⁵⁶⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María. *En qué medida vinculan a los derechos particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 303/304.

denominada teoria da eficácia indireta (indirekte *Drittwirkung*) possui origem lógica em meados do século XX, partindo da idéia de Dürig, segundo a qual, os direitos fundamentais, seriam direitos a serem oposto contra o estado, não sendo justificada igual vinculação entre particulares. Neste sentido, estar-se-ia invertendo sentidos, ao submeter particulares aos mesmos direitos que limitam os Poderes Estatais. E assim, poder-se-ia gerar um esvaziamento da autonomia privada⁵⁶⁷.

Para esta forma de aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, sua vinculação não é direta, ou seja, os Direitos Fundamentais, não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos constitucionais, mas sim como normas objetivas de princípios⁵⁶⁸. Wilson Steinmetz, apresenta alguns argumentos que ensejam o crédito da aceitação ante a correção esta forma de vinculação:

[...] (I) considera e preserva a autonomia privada como princípio fundamental do direito privado e como princípio, que deflui do direito geral de liberdade; (II) assegura a identidade, autonomia a função do direito civil; (III) responde melhor ao postulado da certeza jurídica, por que as normas de direito privado apresentam um grau maior de especificidade e de detalhamento do que as normas de direito fundamentais (estas últimas são veiculadas por texto fragmentados, ambíguos e, sobretudo vagos); (IV) evita a “panconstitucionalização” do ordenamento jurídico, fenômeno que não seria bom para o direito privado nem para o direito constitucional, por que (a) implicaria a trivialização da Constituição e dos direitos fundamentais, (b) converteria, em grande escala casos jurídico-privados em casos jurídico-constitucionais e, por consequência, (c) sobrecarregaria a jurisdição constitucional.⁵⁶⁹

Em consonância com os partidários dessa teoria, os Direitos Fundamentais não incidem diretamente no âmbito das relações privadas, impossibilitando invocar diretamente da Constituição um Direito Fundamental para reger determinada relação jurídica travada entre particulares. Como oposto, os Direitos Fundamentais incidem, primeiramente, sobre o legislador infraconstitucional de Direito Privado, como princípios ou valores fundamentais, o qual deve levar em conta os valores jusfundamentais quando da elaboração das normas de Direito Privado.

⁵⁶⁷ Cf. SARLET, 2000, p. 123

⁵⁶⁸ STEINMETZ, 2004, p. 138

⁵⁶⁹ Ibidem, p. 139/140

Portanto, o legislador tem um espaço de liberdade de conformação para disciplinar as relações jurídicas travadas entre os particulares, resguardando a autonomia privada e conformando-as aos valores jusfundamentais. Dessa forma, o legislador assume a primazia de dirimir eventuais conflitos entre a autonomia privada e os Direitos Fundamentais, mediante o manejo do princípio da proporcionalidade, escolhendo a conduta privada a ser exigida dos particulares. Ao legislador, cabe o papel de “mediador da aplicação dos Direitos Fundamentais entre os particulares”. Assim o legislador, estaria, estabelecendo proteções aos Direitos Fundamentais, no próprio Direito Privado, sem negar a existência, nem entrar em choque com a autonomia da vontade⁵⁷⁰. Afim, de resumir os papéis tanto do legislador quanto do interprete, Jorge Reis comenta:

[...] o legislador exerceria um papel principal, enquanto ao juiz caberia um papel coadjuvante, o que determina maior segurança jurídica, além de melhor conciliar com a idéia de democracia e de separação de poderes. Ao judiciário restaria o papel de interpretar as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados criados pelo legislador, tendo como paradigma os direitos fundamentais, assim como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos.⁵⁷¹

Seguindo esta lógica, quando o aplicador da norma se valer desta forma de incidência de Direito Fundamentais, estará concretizando a norma constitucional, e poderá inclusive em certos casos justificar contra o texto da lei infraconstitucional⁵⁷². Evidente, que em um primeiro momento, a vinculação dos direitos fundamentais deva ser realizada pelo próprio legislador⁵⁷³, mas se este, não o fez, resta ao judiciário o papel de adequar às normas que regem os conflitos entre particulares, a luz do que conduzem os direitos humanos recepcionados pela Constituição. Esta tarefa deve-se mencionar, deve ser exercida não só pelos tribunais, mas também, o juiz singular, tem dever de resguardar o que a Constituição defende⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ REIS, 2005, p. 1503

⁵⁷¹ REIS, 2005, p.1504

⁵⁷² “Nessa ordem de idéias, a eficácia das normas de direito fundamental nas relações entre particulares ocorre sempre de forma indireta ou imediata, no momento em que o legislador intervém concretizando a norma constitucional, ou quando o juiz interpreta o direito privado a luz dos valores projetados pelos direitos fundamentais, o que pode, em certos casos, justificar decisões contra o texto da lei. O principal fundamento da tese da eficácia mediata é a idéia de que o reconhecimento de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares importaria, em última análise, no total esvaziamento da autonomia privada.” PEREIRA, 2003, p. 161

⁵⁷³ STEINMETZ, 2004, p. 143/144.

⁵⁷⁴ Neste sentido, e continua: “o juiz singular e os tribunais ordinários operam a eficácia de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares de duas formas: (i) interpretando e aplicando os textos de normas de direito privado – especialmente as normas imperativas – em conformidade com

Por sua vez, quando o operador do direito, “informa” ou “constitui”, o conteúdo das cláusulas gerais, em um dado caso concreto, ele esta delimitando, os limites do Direito Privado, se valendo das bases dos Direitos Fundamentais. Assim, de acordo com Wilson Steinmetz⁵⁷⁵, o judiciário dá eficácia aos Direitos Fundamentais, nas relações entre particulares, que venham a incidir tais normas.

É de bom alvitre salientar que apesar de dominante na Alemanha, a teoria da eficácia mediata ou indireta vem sendo alvo de duras críticas formuladas por autores espanhóis, portugueses e brasileiros, os quais sustentam “desde a desnecessidade desta construção teórica por chegar aos mesmos resultados alcançáveis com a largamente aceita teoria da interpretação conforme a Constituição”, até a sua incapacidade de “conferir a adequada proteção aos direitos fundamentais na sociedade atual”⁵⁷⁶. Tal crítica é posta por Bilbao Ubillos, que indaga: *“qué diferencia hay, en la práctica, entre la teoría de la eficacia mediata a través del juez y el principio general de interpretación de todas las normas del ordenamiento conforme a la Constitución?, em seguida respondendo’. No alcanzamos a ver ninguna, francamente*⁵⁷⁷.

Em muitos países se discute sobre a vinculação ou não dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e ainda se direta ou indireta⁵⁷⁸. No que se refere à aplicação ou não da vinculação indireta dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas, as palavras de Sarmiento, reportando-se as sábias idéias de Jean Rivero, conforma que “não pode subsistir em uma sociedade uma dupla ética, que vede certos comportamentos aos poderes públicos, [...] mas os aceite quando praticado por personagens privados”⁵⁷⁹.

as normas de direito fundamental (interpretação em conformidade com as normas de direitos fundamentais); e, sobre tudo, (ii) “preenchendo” as cláusulas gerais, e também os conceitos jurídicos indeterminados ou abertos, de direito privado com os valores que fundamentam as ou defluem das normas de direitos[...]”. *ibidem*, p. 145

⁵⁷⁵ STEINMETZ, 2004, p. 147.

⁵⁷⁶ BILBAO UBILLOS, 2003, p. 314, *passim*.

⁵⁷⁷ BILBAO UBILLOS, 2003, p. 314.

⁵⁷⁸ SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito comparado e no Brasil*. (in) BARROSO, Luiz Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193 *passim*.

⁵⁷⁹ *Ibidem.*, p. 219.

No centro da controvérsia sobre a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, agora, em vias dissertativas conclusivas, emerge a idéia de efetividade - de concretude - dos Direitos Fundamentais, no âmbito das relações privadas. Certo que, metaforicamente, chega-se ao vôo final em busca de *oikós*, onde aninhar os questionamentos e as possíveis respostas; as marcas dos direitos feridos e a crença no homem; na luta dentro da paz, da paz nos vôos da esperança por um mundo melhor. Cumpre aferir, de que forma ocorrem entraves a realização dos Direitos Fundamentais, verificando as alternativas e possibilidades à superação das dificuldades existentes na realização desses direitos no âmbito das relações inter-privadas.

3.3 No aconchego do ninho: uma idéia de efetividade dos Direitos Fundamentais

Rememorando o segundo Capítulo, conforma-se que o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, ao implicar a leitura deste direito civil à luz da tábua axiológica da Constituição, apresenta um “direcionamento bastante claro, pois implica um necessário compromisso do jurista com a eficácia jurídica [...] e com a efetividade social dos Direitos Fundamentais”⁵⁸⁰.

Destarte, ao longo dos capítulos anteriores, já se vislumbrou a posição que a Constituição Brasileira impõe a extensão dos Direitos Fundamentais às relações entre pessoas e entidades privadas. Desta forma, no ordenamento brasileiro, que tem em seu cume uma Constituição fortemente voltada para o social, é inadmissível conceber Direitos Fundamentais, como meros limites ao poder do Estado, em favor da liberdade individual. Pois tanto a Constituição, como os Direitos Fundamentais - que ela consagra - não se dirigem apenas aos governantes, mas a todos; que têm de conformar seu comportamento aos ditames da Lei Fundamental. Isto porque, a Constituição de 1988 não é apenas a Lei Fundamental do Estado Brasileiro .

⁵⁸⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Direitos fundamentais e relações privadas – algumas premissas. In: *Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Coord. Sandra Regina Martini Vial. Porto Alegre: Evangraf, 2005.

“O indivíduo contemporâneo vive uma crise: o mundo está fora de controle pela ausência de valores. É a era do vazio”⁵⁸¹. Ao mesmo tempo, este indivíduo que busca a convivência social, vê-se forçado ao trato com os demais intérpretes das relações privadas, e como tal titular de direitos. No entanto, esta afirmação não basta para equacionamento dos problemas que se põe ao enfrentamento. É preciso avançar mais, no sentido de traçar os parâmetros para a incidência dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares na ordem jurídica brasileira, uma vez que, como já se destacou anteriormente, não parece correto sujeitar o Estado e o cidadão ao mesmo regime de submissão àqueles direitos⁵⁸²

Há um sem-número de questões a debater em torno dos Direitos Fundamentais. Sem abordar um juízo crítico das diversas possibilidades, e levando em consideração as diferentes posturas, é preciso descortinar o panorama, para indicar a extensão do tema e suas implicações⁵⁸³. É evidente que há uma “inflação” de Direitos Fundamentais, pois, os que antes eram tão-somente direitos do homem, hoje o são de muitas categorias de indivíduos e em situações diversas. Até poder-se-ia considerar salutar, a proliferação de direitos, em prol dos indivíduos e de uma crescente melhora de vida. Mas há que se cogitar que a inflação de Direitos Fundamentais podem constituir-se, por esta via, “em uma moeda desvalorizada”. O “efeito deste fenômeno é, como veremos, a ineficácia”⁵⁸⁴.

Mas o que essas teorias parecem consentir é que a medida da eficácia, seja ela direta ou indireta, dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser determinada pela ponderação dos bens jusfundamentais em conflito. Isso porque as relações entre particulares são relações entre titulares de direitos fundamentais – há ao menos em jogo o direito fundamental à autonomia privada do cidadão –, enquanto as relações entre cidadãos e Estado são relações entre um titular de direito fundamental e um não titular de direito fundamental⁵⁸⁵

Com efeito, qualquer posição que se adote em relação à controvérsia em questão não pode se descurar da moldura axiológica delineada pela Constituição Federal de 1988 e do sistema de Direitos Fundamentais por ela hospedado. O propósito, neste momento é demonstrar como, no caso brasileiro, como ocorre a

⁵⁸¹ LORENZETTI, 1998, p. 227.

⁵⁸² Cf. SARMENTO, 2006, p. 235.

⁵⁸³ LORENZETTI, 1998, p. 156.

⁵⁸⁴ LORENZETTI, 1998, p. 162.

⁵⁸⁵ Cf. ALEXY, 1993, p.510/511.

problemática da vinculação dos particulares às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

3.3.1 A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira

Nos itens anteriores, identificou-se as principais teorias a respeito da eficácia dos Direitos Fundamentais, analisando o princípio da aplicabilidade destes direitos na esfera privada. O intento, neste momento, é demonstrar como, no caso brasileiro, a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado. Neste trabalho, sempre que se quer referir às relações que não sejam entre Estado e cidadão, ou seja, que não consistam em relações, as quais, muitas vezes são encaradas como as únicas em que os Direitos Fundamentais têm aplicabilidade, será utilizado o termo "relações entre particulares"⁵⁸⁶.

Cogita-se, que durante muito tempo, o “debate sobre a aplicabilidade e eficácia das normas de Direitos Fundamentais às relações entre particulares foi um debate exclusivamente doutrinário e jurisprudencial”. Os “textos constitucionais [...] não forneciam grandes informações acerca da possibilidade da vinculação dos particulares a essas normas”. Nos últimos anos, contudo, a situação tem mudado, rapidamente, e “cada vez mais constituições passam a dar atenção ao problema, demonstrando mais uma vez a sua atualidade”⁵⁸⁷. Tais constituições indicam, como primeiro objetivo fundamental da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”⁵⁸⁸ e não se iludem com a miragem liberal de que o Estado é o único adversário dos direitos humanos”⁵⁸⁹.

A Constituição pátria, apesar da irresignação de alguns, consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, o que projeta inevitáveis reflexos sobre a temática ora versada. Ela não se baseia nos mesmos

⁵⁸⁶ AFONSO DA SILVA, 2005, p. 54.

⁵⁸⁷ AFONSO DA SILVA, 2005, p. 60.

⁵⁸⁸ Artigo 3º, I, BRASIL. Constituição (1988), 1998.

⁵⁸⁹ AFONSO DA SILVA, 2005, p. 60, passim.

pressupostos ideológicos que sustentaram a separação rígida entre Estado e sociedade civil, e que serviram, historicamente, para fundamentar a exclusão dos Direitos Fundamentais do campo das relações entre particulares.⁵⁹⁰

Portanto, a Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela nos parece inconciliável com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado.⁵⁹¹

Afinal, em relação ao modelo alemão, é importante demarcar a existência de relevantes “diferenças entre o seu sistema de Direitos Fundamentais e aquele adotado pela Constituição Brasileira, para com isso evitar mimetismos descabidos”. Convém lembrar que a “Lei Fundamental de Bonn foi adotada em 1949, logo após o fim da traumática experiência do nacional-socialismo”. Neste panorama, era de se esperar que a “preocupação do constituinte, ao edificar o sistema germânico de direitos fundamentais, tenha sido em relação ao arbítrio estatal”. Por outro lado, a Constituição alemã, diferentemente da “Carta brasileira, não consagra Direitos Fundamentais expressamente dirigidos contra atores privados”⁵⁹².

Ao contrário a Constituição Brasileira traz a previsão de inúmeros direitos voltados contra particulares, como todos os direitos trabalhistas do art. 7º da Constituição Federal. A Carta nacional é “pródiga na garantia de prestações sociais. Assim, o sistema de Direitos Fundamentais inscrito na Carta brasileira está mais caracterizado pela socialidade do que o sistema germânico”⁵⁹³.

Portanto, se é certo que, mesmo no cenário alemão, já parece extremamente discutível a correção da tese da eficácia apenas indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, no contexto brasileiro esta teoria não pode vingar. Na verdade, a Constituição brasileira, por todos os fatores acima apontados, favorece muito mais as interpretações que aprofundam a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada do que a Carta germânica⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ SARMENTO, 2006, p. 236.

⁵⁹¹ SARMENTO, 2006, p. 237.

⁵⁹² SARMENTO, 2006, P. 237. Ainda: “Assim, a Constituição alemã consagra expressamente a vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário aos direitos fundamentais (art. 1.3), mas silencia em relação à submissão dos particulares aos mesmos direitos”.

⁵⁹³ Cf. SARMENTO, 2006, P. 238.

⁵⁹⁴ SARMENTO, 2006, p. 238.

Daniel Sarmiento chama a atenção ao fato da sociedade brasileira ser “muito mais injusta e assimétrica”, considerando-a “uma das mais atrasadas do mundo”. Diz, ainda que o comportamento da sociedade brasileira é uma “reprodução contemporânea do espírito da ‘casa-grande e senzala’”⁵⁹⁵. Tal reflexão trouxe-se a lembrança da obra clássica do escritor francês Vitor Hugo – Os miseráveis, publicada em 1862, a qual, infelizmente, continua tão atual:

Enquanto, por efeito de leis e costumes, houver proscricção social, forçando a existência, em plena civilização, de verdadeiros infernos, e desvirtuando, por humana fatalidade, um destino por natureza divino; enquanto os três problemas do século - a degradação do homem pelo proletariado, a prostituição da mulher pela fome, e a atrofia da criança pela ignorância - não forem resolvidos; enquanto houver lugares onde seja possível a asfixia social; em outras palavras, e de um ponto de vista mais amplo ainda, enquanto sobre a terra houver ignorância e miséria, livros como este não serão inúteis⁵⁹⁶.

A sociedade brasileira justifica um reforço na tutela dos Direitos Fundamentais na esfera privada, “em que reinam a opressão e a violência”⁵⁹⁷. Este tipo de postura social, importa em adoção de posições comprometidas com a realidade e a busca consciente e efetiva de mudança do *status quo*. Por este prisma, cabe afirmar “que a eficácia dos direitos individuais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro”. Esta posição, “não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça”⁵⁹⁸.

3.3.2 As teorias sobre a eficácia *interprivatos* dos Direitos Fundamentais e sua aceitabilidade

A relação entre Direitos Fundamentais e Direito Privado “pode ser uma relação problemática e conflituosa”. Isso porque ambas as categorias de direitos se fundam em premissas absolutamente diversas e muitas vezes aparentemente inconciliáveis. Afonso da Silva cita como “exemplo paradigmático, o fato de bastar que seja mencionada a autonomia privada de um lado e a inalienabilidade e a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, de outro”⁵⁹⁹. O autor refere-se, ainda as

⁵⁹⁵ SARMENTO, 2006, p. 238/239, passim.

⁵⁹⁶ HUGO, Vitor. *Os miseráveis*, Paris, França, 1862.

⁵⁹⁷ SARMENTO, 2006, p. 239.

⁵⁹⁸ SARLET, 2000, p. 152/153. Ingo Sarlet manifesta-se no mesmo sentido, admitindo a “tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas”.

⁵⁹⁹ AFONSO DA SILVA, 2005, p. 50.

características dos Direitos Fundamentais que a doutrina defende, pressupõe...

[...] que os efeitos dos direitos fundamentais limitam-se às relações verticais entre Estado e indivíduos. É nesse contexto que ainda faz um certo sentido se falar em inegociabilidade, irrenunciabilidade etc. Mas se os direitos fundamentais produzem também efeitos nas relações horizontais, isto é, nas relações entre particulares, insistir em algumas dessas características pode impedir qualquer possibilidade de discussão sobre o tema. Isso porque, como será visto adiante, só é possível aceitar que direitos fundamentais sejam restringidos com base na autonomia da vontade se se aceitar que é possível negociá-los – ainda que isso soe quase como uma heresia - e até mesmo a eles renunciar - ainda que isso possa soar como impossível.⁶⁰⁰

Item de suma importância é a indicação de uma das “principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito”, mas, principalmente, de um “rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais”, salientando-se que “não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si”⁶⁰¹.

Em primeiro lugar, embora se costume dizer que “eficácia e aplicabilidade (...) constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno” e que se “a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, *falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade*”, é preciso não perder de vista que, apesar da conexidade, não há uma relação de pressuposição entre ambos os conceitos. Isso porque, ainda que não possa haver aplicabilidade de uma norma não dotada de eficácia jurídica, é perfeitamente possível que uma norma dotada de eficácia não tenha aplicabilidade⁶⁰².

Como supedâneo do tema exalado, traz-se à baila a síntese do pensamento de alguns juristas nacionais. Primeiramente, Ingo Sarlet, em um dos mais profícuos estudos publicados sobre a matéria, manifestou-se, depositando sua preferência, no sentido do reconhecimento da eficácia direta dos Direitos Fundamentais na esfera privada no direito brasileiro.

⁶⁰⁰ AFONSO DA SILVA, 2005, p. 51.

⁶⁰¹ AFONSO DA SILVA, 2005, p. 52. Complementa o autor: “A contraposição não-diferenciada entre ações estatais e ações puramente Privadas é uma simplificação exagerada: em uma sociedade plural, formam-se, *nos espaços deixados à autonomia privada*, instituições da vida econômica, empresas dos meios de comunicação e outras “forças sociais”, que desempenham importantes funções na vida social e que alcançam posições de poder, por força das quais podem influir de forma prejudicial no sistema político”.

⁶⁰² AFONSO DA SILVA, 2005, p. 54/55.

Ingo Sarlet concluiu que, também, na ordem constitucional pátria “inexiste respaldo suficientemente robusto a sustentar uma negativa, no que diz com a vinculação direta dos particulares aos Direitos Fundamentais”, ao menos nas “hipóteses em que não tenham por destinatário exclusivo o poder público”. Ainda, ele reconheceu que a resolução de cada “situação que envolva a incidência de Direitos Fundamentais na esfera privada depende de uma ponderação, no caso concreto, com o princípio da autonomia privada”⁶⁰³.

Por sua vez, Siqueira Castro postou-se em favor do reconhecimento da eficácia direta dos Direitos Fundamentais no plano das relações privadas, fundamentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Nas suas palavras: “o sentimento constitucional contemporâneo passou a exigir que o princípio da dignidade do homem, fundamente a extensão da eficácia dos Direitos Fundamentais às relações privadas”, ou seja a “eficácia externa”, também denominada “direta ou imediata”, que na prática coincide com o chamado “efeito horizontal do elenco de direitos, de liberdades e de garantias, que através do tempo grangearam (sic) assento nos estatutos supremos das nações”⁶⁰⁴.

Gustavo Tepedino, abordando a questão sob a “perspectiva do Direito Civil-Constitucional”, tampouco hesitou em defender a “aplicação direta dos Direitos Fundamentais sobre as relações privadas”. Referido autor não analisou a polêmica alienígena em torno das teorias da vinculação mediata e imediata dos particulares aos direitos constitucionais, mas toda a sua linha de pensamento aponta no sentido do “fortalecimento da aplicação direta da Constituição sobre as relações privadas, como instrumento de humanização e solidarização do Direito Civil”⁶⁰⁵.

André Ramos Tavares⁶⁰⁶ cuidou rapidamente do tema, sem posicionar-se expressamente sobre a forma, direta ou indireta, da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais. Destacou, no entanto, que a “obrigação dos atores privados não deve se restringir ao respeito dos direitos fundamentais de terceiros, sendo-lhes também exigível em certos casos a sua implementação positiva”. Esta foi também a

⁶⁰³ SARLET, 2005, passim.

⁶⁰⁴ CASTRO, 2005. passim.

⁶⁰⁵ TEPEDINO, 2001. passim.

⁶⁰⁶ TAVARES, apud SARMENTO, 2005, p. 254.

posição externada pelo Professor Walter Claudius Rothenburg⁶⁰⁷, em lúcido e didático estudo sobre as características dos Direitos Fundamentais.

Chega-se, neste ponto do trabalho, com a certeza de que, “na ordem jurídica brasileira ocorre a incidência direta dos direitos individuais nas relações entre particulares”. Assim, não apenas o “Estado, mas também as pessoas e entidades privadas encontram-se diretamente vinculadas à Constituição, independentemente da edição de normas ordinárias pelo legislador”. Sem embargo, esta possibilidade de aplicação direta não exclui a obrigação dos juízes e tribunais de interpretar e aplicarem as “normas jurídicas do Direito Privado - não apenas as cláusulas gerais, frise-se bem - no sentido que mais favoreça a garantia e promoção dos Direitos Fundamentais”⁶⁰⁸.

3.3.3 A instrumentalização constitucional para a eficácia e efetividade dos Direitos Fundamentais

Ante à luz reflexiva advinda dos últimos itens apreciados, pode-se dizer que o reconhecimento da eficácia direta dos Direitos Fundamentais na esfera das relações jurídico-privadas não é incompatível com o chamado “efeito de irradiação dos mesmos direitos”, que os torna “vetares exegéticos de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico”. Como já se destacou, anteriormente, ao aplicar qualquer “norma infraconstitucional a casos concretos, inclusive no campo das relações entre particulares”, o “Judiciário deve ter em vista os valores constitucionais”⁶⁰⁹, intrínsecos no sistema de Direitos Fundamentais, como eixo central, e como vértice, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para conferir maior previsibilidade e reduzir as margens de arbítrio na ponderação judicial de interesses ligada à aplicação de direitos fundamentais nas relações entre particulares, é importante delinear alguns *standards*. Todavia, nesta matéria não há como fugir completamente de uma análise tópica, voltada para as peculiaridades de cada caso concreto⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ ROTHENBURG, 1999, *passim*.

⁶⁰⁸ SARMENTO, 2005, p. 255.

⁶⁰⁹ SARMENTO, 2005, p. 257.

⁶¹⁰ SARMENTO, 2005, p. 329.

O reconhecimento da eficácia direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas “não importa em amesquinamento do papel do legislador nesta seara”. Cabe ao legislador, num primeiro momento, “concretizar os direitos fundamentais na esfera privada, empreendendo a ponderação de interesses necessária com a autonomia individual dos particulares”. As ponderações do legislador, em princípio, “devem ser respeitadas pelo Judiciário, diante da presunção de constitucionalidade das leis, que deriva do reconhecimento da sua intrínseca legitimidade democrática”. Todavia, em face da “ausência de norma adequada, ou quando a que tiver sido editada pelo legislador afastar-se dos parâmetros axiológicos extraídos da Constituição, deverá o Judiciário aplicar diretamente os Direitos Fundamentais na resolução dos litígios privados”⁶¹¹.

Tenha-se em vista, que na impossibilidade de aplicar a “norma ordinária existente em conformidade com os Direitos Fundamentais, deve o órgão jurisdicional exercer o controle incidental de constitucionalidade”, afastando o “preceito viciado da resolução da questão, e, diante de eventual ausência de norma, solucionar o litígio através da invocação direta da Constituição”⁶¹². De resto, esta obrigação deriva do próprio princípio da supremacia da Constituição e da vinculação do Judiciário, como órgão estatal, aos Direitos Fundamentais nela positivados. Já no tocante a incidência, alerta Daniel Sarmento:

A incidência dos direitos fundamentais no campo privado deve respeitar o pluralismo social, abstendo-se de impor padrões homogêneos e “politicamente corretos” de conduta para as pessoas e entidades intermediárias da sociedade civil, o que atropelaria as respectivas identidades culturais⁶¹³.

Afirma-se, seguindo o rumo de Daniel Sarmento, que no Brasil, considerando a moldura axiológica da Constituição Federal de 1988, é “induidoso que a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas seja direta e imediata”, ressalvados aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do Estado. A Carta de 1988 não “chancelou a clivagem absoluta entre o público e o privado”, na qual se assentam as “teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos Direitos Fundamentais nas relações

⁶¹¹ SARMENTO, 2005, p. 329.

⁶¹² SARMENTO, 2005, p. 271.

⁶¹³ SARMENTO, 2005, p. 327.

entre particulares”⁶¹⁴.

Cumpra, aqui, no que diz respeito a eficácia dos Direitos Fundamentais, propriamente dita, destacar o “cunho eminentemente principiológico da norma” contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, impondo aos órgãos estatais e aos particulares que concedam a “extrema eficácia e efetividade aos Direitos Fundamentais, para os quais impõe uma “presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz”⁶¹⁵.

É claro como a luz solar, que “há uma enorme distância entre o que se declara e o que se concretiza”⁶¹⁶. Por esta trilha, busca-se acompanhar o pensamento de Gomes Canotilho, no sentido de que “concretizar a constituição’ traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais”⁶¹⁷, tema pontuado já no primeiro capítulo desta dissertação.

A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta — norma jurídica — que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais, teremos o resultado final da concretização. [...] A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica⁶¹⁸.

A Constituição se realiza ao ser possível tornar ‘juridicamente eficazes as normas constitucionais’. Afinal, qualquer “Constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização”. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na “‘atividade legiferante’, administrativa e judicial”, aplicam as normas da constituição. Nesta “‘tarefa realizadora’ participam ainda todos os cidadãos que fundamentam na constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres”⁶¹⁹.

⁶¹⁴ SARMENTO, 2005, p. 328.

⁶¹⁵ Cf. SARLET, 2005, 441/442, passim.

⁶¹⁶ SCAFF, Fernando Facury. Para além dos fundamentos do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Organização Rogério Gesta Leal. Tomo 3. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2003. p. 687.

⁶¹⁷ CANOTILHO, 1993, P. 201.

⁶¹⁸ CANOTILHO, 1993, P. 202.

⁶¹⁹ CANOTILHO, 1993, P. 203.

CONCLUSÃO

Começar o a preleção por metáforas simbólicas – “o vôo do pássaro ferido”, significa não só apresentar alguns dos *core terms* da dissertação, mas, colocar o tema teórico proposto, envolto por arquétipos condutores de sentimentos. Sentimentos deverão atuar sobre quem se preocupa com os direitos humanos ou Direitos Fundamentais. Pensar “Direitos Fundamentais Humanos” é sentir o espírito constitucional. Por isso, ante a leitura uma reportagem no “Jornal Zero Hora” (não mais podendo-se precisar a data) sobre um pássaro ferido por uma flecha, que lhe impedia de voar, fato que mobilizou uma comunidade sensibilizada com o problema e a dor da ave, aflorou, instintivamente, a comparação da limitação imposta pelo homem ao pássaro e os milhares de fatos cerceadores dos Direitos Fundamentais mais básicos que sofre o homem na sua trajetória-histórica.

Afinal, como este trabalho é conclusivo ao estudo na linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo, não poder-se-ia furtar do sentimento advindo do Direito Constitucional, o qual alberga em seu espírito, idéias de filósofos, pensadores e políticos. Parafraseando Gomes Canotilho⁶²⁰, é, agora, a gravitação do Direito Constitucional, não apenas a singularidade do movimento de rotação em torno de si próprio, mas a amplitude da translação perante outras galáxias do saber humano. A sociedade não apenas confere uma natureza diferente ao homem, confere uma natureza mais elevada, uma natureza superior e a Lei Fundamental do seu entorno recepciona tal ascendência.

Como considerações finais, opta-se pela enunciação concisa dos temas gerais que resultam do estudo apresentado. Afinal, o novo século iniciou edificado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores, tendo a frente a Constituição como um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los. A idéia de abertura se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos, implicando em converter-se na uma “força normativa”.

⁶²⁰ CANOTILHO, 2006, 1289.

Assim, o atual Direito Constitucional brasileiro (cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização do país) é a resposta a duas mudanças de paradigma: por um lado, a busca da efetividade de suas normas, fundada na premissa da força normativa da Constituição e, por outro, o incremento de uma dogmática da interpretação da Constituição, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional.

Outrossim, os princípios constitucionais servem de parâmetro excelente à constitucionalidade das normas, além de trazerem em si o norte axiológico do ordenamento jurídico, produzem atividade normativa integradora, incorporando e garantindo, desde logo, um eventual desenvolvimento normativo já verificado, dotados que são, os princípios, de uma eficácia impeditiva de retrocesso.

Neste viés a nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação.

Vislumbra-se, também, que a ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de “filtragem constitucional” de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.

Como consectário, no sentido de que uma lei não deve ser interpretada segundo a sua letra, mas consoante o seu espírito, considera-se que o conjunto de diretrizes constitucionais que passaram a nortear a codificação de Direito Privado, constitui o seu travamento lógico e técnico, bem como a base de sua fundamentação ética. Em decorrência a evolução do Direito Privado vem adequada a concreção dos Direitos Fundamentais, determinados pelos princípios constitucionais, na inequívoca posição de *lex superior* que ostentam. Entretanto, são

os Direitos Fundamentais os instrumentos, por excelência, de implementação dos valores constitucionais.

No entanto, é de conhecimento geral o contexto de crise que abala os elementos centrais do aparato jurídico-político. No marco normativo da Constituição Federal (excluindo-se aqui as exceções) vinculam os particulares, com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, na dimensão objetiva dos próprios Direitos Fundamentais, nos princípios da solidariedade, da dignidade da pessoa, da aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais.

Em referência a eficácia dos Direitos Fundamentais, destaca-se o cunho eminentemente principiológico, impondo a outorga máxima da eficácia e efetividade aos Direitos Fundamentais, assistidos pela presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz. Sem esquecer, que só será concebida a concretização dos Direitos Fundamentais, se for dado destaque ao princípio da proporcionalidade e harmonização dos valores, que estiverem em jogo nas relações *interprivatos*, tudo sob a ótica do princípio maior - da dignidade da pessoa humana.

Levando em consideração a moldura axiológica da atual Constituição brasileira, e a eficácia direta e imediata da aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações inter-privadas, com a finalidade de reduzir as margens de arbítrio, há de se observar o grau de desigualdade fática entre as partes da relação jurídica, pois a assimetria de poder, tende a comprometer o exercício da autonomia privada da parte mais fraca. Sem embargo, os Direitos Fundamentais incidem para impor um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana.

O que se verifica, é que a Constituição de 1988 tem sido de grande valia na busca de suplantação da ilegitimidade renitente do poder político e a atávica falta de efetividade das normas constitucionais. Correto, é afirmar que sua interpretação vem comprometida com a dogmática jurídica e com uma boa teoria constitucional progressista.

Mas o que falta? Compromisso com a transformação das estruturas corroídas pelo ranço da acomodação e dos interesses pessoais, com a emancipação do

cidadão. E de lembrar que a eficácia, a efetividade, a concreção dos Direitos Fundamentais depende da atuação dos cidadãos.

Tão claro como o sol que brilha nas asas dos pássaros, uma Constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua concretização. Esta concretização é tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na atividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição, mas para real efetividade, desta tarefa realizadora não de participar, também, todos os cidadãos. Tal afirmativa pode parecer utópica quando, o “saber” não é oportunizado ao indivíduo. Sem o conhecimento dos Direitos Fundamentais pelos cidadãos e o seu exercício por eles, a zelar pelo seu próprio patrimônio jurídico e pelo patrimônio de todos, não há adesão social, pois o indivíduo torna-se incapaz de exercer sua função de agente promotor da eficácia (social) dos Direitos Fundamentais.

A realização efetiva dos Direitos Fundamentais, conseqüentemente a concretização do valor da pessoa humana, não encontra-se exclusivamente no Direito, mas na formação de uma nova consciência ética, altruística, que consolide no ser humano a idéia da existência do outro e da convivência harmônica. Não se está falando de um vôo no irreal; fala-se no possível, porque fala-se na luta constante pela evolução positiva do indivíduo, da busca de igualdade, fraternidade e liberdade. Se todos estes direitos e garantias fundamentais constam da carta brasileira de 1988, é porque pode ser realidade – realizável – é só crer e fazer.

Cada pássaro
sabe a rota
do retorno.

Cada pássaro
sabe a rota
de si.

Cada pássaro,
na rota, sabe-se
pássaro⁶²¹.

⁶²¹ CRUZ, Damário da, Certo vôo. In *Segredos das Pipas*. São Paulo: Sulina, 1998.

Em fim, lembrando a obra *Grande sertão: veredas*, de Guimarães Rosa⁶²², diria-se com ele: "como clareia: é aos golpes, no céu, a escuridão puxada aos movimentos, idéiazinha. Só um começo. Aos pouquinhos é que a gente abre os olhos. O senhor espere meu contado. Não convém a gente levantar escândalo de começo, só aos poucos é que o escuro é claro". É, nestes termos, que da escuridão vai, vem idéia, após idéia – leitura e mais leitura, abrindo-se os olhos, e aos poucos vai se tecendo o trabalho dissertativo, o qual chega-se a fase conclusiva. Certamente que este estudo é apenas um iniciar, um abrir de olhos, uma idéiazinha a ser continuada...

⁶²² ROSA, Guimarães. *Grande sertão: veredas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991. P. 119, 147, 160.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales* Tradução de: *Theorie der Grundrechte*. Valdes, Ernesto Garzon, trad. Madrid: CEPC, 1993 (Reimpressão 2002).

_____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de direito Administrativo*. N. 217. Trad. Luis Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set., 1999 (p. 67- 69).

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

_____. *Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

AYDOS, Eduardo Dutra. *A Planície de Alétheia: Contribuição para a (re)construção teórica de uma epistemologia de síntese*. Tese de Doutorado, In <http://www.geocities.com/edaydos/projeto.htm>, 18 de agosto de 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Jurisdição constitucional da liberdade. IN SAMPAIO, José Adércio Leite - Coordenador *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A Revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação positivada no Código de Defesa do Consumidor sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARRACLOUGH, Geoffrey. *Introdução à História Contemporânea*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). IN BARROSO, Luís Roberto. Org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática funcional transformadora*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do

Direito Constitucional no Brasil. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 240. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho, 2005. p. 01-42

_____. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos Princípios no Direito brasileiro. IN *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Ana Paula de Barcellos. ...[et.al.]; Organizador:Luís Roberto Barroso.Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los derechos particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.299-337.

BOBBIO, Norberto. *Estado Governo Sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio nogueira. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2003.

_____. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Liberalismo e democracia*. Brasília: Editora Brasiliense, 1995.

BONAVIDES, Paulo *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

BRANDÃO, Junito. *Dicionário mítico-etimológico*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BUSS, Alcides. *Cinza de Fênix & três & elegias*. Florianópolis, SC: Editora Insular: 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º Edição, 2º Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

_____. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. O Direito Constitucional na encruzilhada do milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In : *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundación Manuel Garcia, Pelayo, 2000.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Almedina, 1982.

_____. Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos. In: *Revista de Direito Público* - Ano II, Nº 7. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 80 a 89.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 1º ed. 2º tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Lúmen Júris, 2004.

CHEVALIER, J., GHEERBRANT, A. *Dicionário de Símbolos* (mitos, sonhos, costumes, gestos, formas, figuras, cores, números). 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional. In *Revista de Direito Público* – Ano III, N. 12. Porto Alegre: Síntese, 2006. p. 48 a 73.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CRUZ, Damário da, Certo vôo. In *Segredos das Pipas*. São Paulo: Sulina, 1998.

DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1995.

DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 8. ed. Madrid: Taurus, 1981.

DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRIA, Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*. Madrid, Civitas, 1981.

ESPÍDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do Direito Civil contemporâneo. Rio de Janeiro: *Revista Jurídica* nº 304, fev./2003.

_____. *Elementos críticos do direito de Família: curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Novas Limitações do Direito de Propriedade: do espaço privado à função social. *Revista do Direito* nº 11, p. 33 a 46. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, jan/jun. 1999.

_____. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. “Virada de Copérnico”: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. IN *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. IN *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2003.

_____. Direitos fundamentais e relações privadas – algumas premissas. In: *Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Coord. Sandra Regina Martini Vial. Porto Alegre: Evangraf, 2005.

FASSÓ, Guido. Jusnaturalismo. IN: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: Unb, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trota, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda. *Novo dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1996, 2º ed, 17º impressão, revista e atualizada

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento*, São Paulo: Ed. Ltr, 1991, Vol. I, pp. 73-74.

_____. A cultura dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite - Coordenador *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. IN *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

FRANCE, Anatole. *O lírio vermelho*. Título original: *Lê lis rouge*. Tradução Marques Rebelo. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1944.

GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2 ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GRAU, Eros Roberto. *A interpretação constitucional como processo*. Juris Plenum, Edição nº 77, vol. 2. Porto Alegre: Editora Plenum, maio/jun, 2004.

_____. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5º ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 21 edição, 1991.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição : contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de: *Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten. Ein beitrage zur pluralistischen und "prozessualen" verfassungsinterpretation*. Mendes, Gilmar Ferreira, trad. Porto Alegre : Fabris, 1997.

_____. *Teoria de la constitución como ciência de la cultura*. Trad. Emílio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

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

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1998.

HOBBSBAWM, Eric J. *A era dos Impérios 1875-1914*. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

HOUAISS. *Dicionário da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUMBOLDT, Wilhelm, Freiherr von, *Os limites da ação do estado: idéias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado*. Trad. Jesualdo Correia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.

HUGO, Vitor. *Os miseráveis*. (1862). Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1955.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, São Paulo: Ed. Manole, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. RECK, Janriê Rodrigues. Possíveis dimensões jurídico políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. IN *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 4. Organizadores LEAL, Rogério Gesta. REIS, Jorge Renato dos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

LEFORT, Claude. *Pensando o político. Ensaio sobre a democracia, revolução e liberdade*. Trad. Eliana M. Souza. São Paulo: Editora Guerra e Paz, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina>. Acesso em: 08 jun. 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUTHER KING JR , Martir. Eu tenho um sonho (*I have a dream*) Discurso proferido na Marcha para Washington, 1963. IN: <http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. Judith Martins Costa e Gerson Branco. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. IN *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Adalcy Rachid Coutinho ...[et al.]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Reflexões sobre a Liberdade. In: *Revista de Direito Público*. V. 1, Nº 4 – Abr-Mai-Jun. Porto Alegre: Editora Síntese, 2004.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid: Editorial Dykinson, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1994.

MILL, John Stuart, *A liberdade; Utilitarismo*. tradução, Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRANDA, Jorge. A Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais em Portugal. In: GRAU. Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Manual de direito constitucional*. 2. ed., Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1. a 5. da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais. IN *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Org. SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Globalização, direitos humanos e transformação social. IN: *Anais do II Seminário Internacional sobre demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. - UNISC. Porto alegre: Evangraf, 2005.

_____. *Do Direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. In *Revista dos Tribunais*, vol. 779, set./2000. p. 46-63.

_____. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista de Direito Civil* n. 65, 1993.

MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In GRAU. Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

NEGREIROS, Tereza Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para a interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta. (Org.) *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Trad. Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre : Ed. da Universidade - UFRGS, 1997.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Ainda vive a Constituição dirigente? IN *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* – Nº 21 – Porto Alegre: Síntese, Jan-Fev, 2003.

PECES BARBA, Gregório. *Los Valores Superiores*. Madrid, Tecnos, 1986.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. IN *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Org. BARROSO, Luís Roberto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil; introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2º ed.

PÉREZ LUÑO. Antonio. *Los derechos fundamentales*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *Derechos Humanos y Constitucionalismo en el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

PETER DA SILVA, Christine Oliveira. Como se Lê a Constituição: Abordagem Metodológica da Interpretação Constitucional - *Revista de Direito Público*, Nº 6 Porto Alegre: Editora Síntese, Out-Nov-Dez/2004 – p. 137 a 152

PEZZELLA, Maria Cristina Cerese. Código Civil em perspectiva histórica. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. Ingo Wolfgang Sarlert (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

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

REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2 ed. Reformada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do Direito Privado e o novo Código Civil. In *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. organização Rogério Gesta Leal. Tomo 3. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2003.

_____. A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado. IN *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. T. 4. LEAL, Rogério Gesta. REIS, Jorge Renato dos. Organizadores. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

_____. A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. LEAL, Rogério Gesta. REIS, Jorge Renato dos. Organizadores. Tomo 5. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2005.

_____. A construção de um novo direito privado pela efetivação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. In: *Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Sandra Regina Martini Vial (Coordenadora). Porto Alegre: Evangraf, 2005.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. In *Portal da Justiça Federal*: <http://www.justicafederal.gov.br>, acesso em 21/09/2006

ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Leonel Severo rocha, Germano Schwartz, Jean Clam. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

_____. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998.

_____. Novas Perspectivas da Teoria do Direito. In: *Revista da AJURIS: Doutrina e Jurisprudência*, Ano XXVI, nº 77. Porto Alegre: AJURIS, março de 2000. p. 248 – 255.

_____. Três Matrizes da Teoria Jurídica. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes (organizadores). São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 1999. p. 121-136.

ROSA, Guimarães. *Grande sertão: veredas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991. P. 119, 147, 160.

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

RUAS, L. Aviso. IN: ROGEL, Samuel. (Org.) *Manual de teoria literária*. Petrópolis: Vozes, 2.000. 13a edição.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 259.

_____. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, José Camacho. O Novo Código Civil Brasileiro, em suas coordenadas axiológicas: do liberalismo à socialidade. Doutrina publicada na *Revista Ajuris* – Ano XXIX, nº 88, Tomo I. Porto Alegre: Ajuris, dez/2002. p.195 a 222.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. IN *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado* / José Luis Bolzan de Moraes...[et al.]; organização Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Organização Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5^o ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. IN *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

_____. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Adalcy Rachid Coutinho ...[et al.]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

_____. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SCAFF, Fernando Facury. *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Organizador - Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Para além dos fundamentos do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Organização Rogério Gesta Leal. Tomo 3. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 138, 21 nov. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 08 jun. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

SÓFOCLES. *Antígona (333-376)*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Coimbra: Instituto Nacional de Estudos Clássicos, 1992.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. A crise da Hermenêutica e a Hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do Direito (NCD). IN: SAMPAIO, José Adércio Leite - Coordenador *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Direito Quântico – Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo: Editora Joarez de oliveira, 2003. 7ª ed.

TEUBNER, Ginter. *O Direito Como Sistema Autopoiético*. Traduzido por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. (texto, acrescido das notas bibliográficas, reproduz a conferência proferida na Faculdade de Direito de Coimbra, a 29 de março de 2000) *Revista Jurídica* – 2002.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

_____. Constituição e Direito Privado: Algumas Considerações sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. *Revista de Direito Público*. Nº 6. Porto Alegre: Síntese 2004.

VENTURA, Deisy. *Monografia Jurídica: uma visão prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir como modo de integração política*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *La constitución abierta e sus enemigos*. Madrid: Ediciones Beramar, 1993.

VERNANT, Jean-Pierre e NAQUET, Pierre Vidal-Naquet. *Mito e Tragédia na Grécia Antiga*. Tradução de Anna Lia de Almeida Prado, Filomena Yoshie Hirata, Maria da Conceição M. Cavalcante, Bertha Halpem Gurovitz e Helio Gurovitz. São Paulo: Editora Perspectiva, 1999.

VILLALON, Pedro Cruz. *Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales*. In: *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 25. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, p. 35 e ss.

WOLKMER, Antonio Carlos. “Pluralismo Jurídico, Movimentos Sociais e Práticas Alternativas”. In: *El Otro Derecho*. Bogotá: Ilsa, nº 7, enero de 1991.

YANN AGUILA apud SANCHEZ, José acosta. Transformaciones de la Constitución en el siglo XX. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* N. 100 – Madrid: abril/junho, 1998.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)