

O “MORAL READING” E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CARTA BRASILEIRA DE 1988 – UMA PROPOSTA DE EFETIVAÇÃO NA ESFERA PRIVADA –

Diogo Durigon¹

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo uma proposta de análise e aplicação do arcabouço principiológico constitucional – oriundo de um sistema de *civil Law* – a partir de uma perspectiva moral – a *moral reading* de Dworkin, visando a eficácia sistemática dos princípios e garantias constitucionais. A partir de uma abordagem bibliográfica e metodologia hipotético dedutiva, procede-se na análise dos princípios, especialmente o princípio da autonomia da vontade, e sua efetivação mediante o uso da *moral reading*. Como resultado, percebe-se a possibilidade de tal interligação, especialmente através de releitura sistemática do ordenamento jurídico pátrio, com foco na maior eficácia possível dos princípios constitucionais.

Palavras-chave: *Moral reading*. Direitos Fundamentais. Direito privado.

ABSTRACT

This work is a proposed scope of analysis and application of the constitutional framework principle - coming from a system of civil Law - from a moral perspective - the moral reading of Dworkin, in order to effectiveness of systematic principles and constitutional guarantees. From a bibliographic approach and methodology hypothetical deductive, proceeds on the analysis of the principles, especially the principle of autonomy of the will, and its effectiveness through the use of moral reading. As result, the possibility of such an interconnection is realized, especially through systematic rereading of the legal native ordainment, with focus in the biggest possible effectiveness to constitutional principles.

Key-words: *Moral reading*. Essential Rights. Private Right.

1 ASPECTOS PRELIMINARES

A Constituição, como arcabouço principiológico do ordenamento jurídico, carrega em seu bojo a influência de parâmetros morais e éticos, bem como democráticos, sociais e individuais, dentre outros.

No entanto, o desafio que lança, neste início de milênio, está na identificação de direitos oriundos das premissas constitucionais, bem como sua efetivação e o nível, ou intensidade, dessa efetivação.

Os direitos fundamentais, tanto em suas faces aplicativas positiva e negativa², tiveram na Jurisdição Constitucional importante referência, tanto de imposição de aproximação como de afastamento do Estado das relações interprivadas.

¹ Mestre em direito - Constitucionalismo Contemporâneo; Especialista em Direito Processual Civil. Professor Faculdade Dom Alberto em disciplinas de Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Constitucional. Advogado atuante nas esferas civil e constitucional. Procurador Jurídico Municipal, onde tem o trabalho focado no Direito Administrativo e Direito Tributário.

² Posição dos direitos fundamentais em relação ao Estado, sendo negativa, de afastamento do Estado das relações e atuando como garantidor da liberdade apenas, e positiva, que tem o Estado

Parece adequado, perante a questão hodierna de identificação de formas para a efetivação dos direitos fundamentais, trazer uma proposta de embasamento de revisão das decisões a partir de concepções morais sistematicamente embasadas.

Dessa forma, abordando inicialmente a aceção dos direitos fundamentais, passaremos à uma análise de sua aplicabilidade nas relações interprivadas a partir da proposta de Ronald Dworkin.

2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A noção de direito privado, fomentada com a revolução francesa, engendra a categorização de um direito estanque das relações que envolvem o Poder Estatal em seus diversos aspectos.

O direito de liberdade, que é um dos vetores da transformação do direito civil no século XVIII, representa a manifestação da burguesia e a fixação de instrumentos (garantias) de defesa frente ao Estado, promovendo a separação entre Estado e Sociedade.³

Assim, os direitos fundamentais de primeira geração⁴ colocam-se como proteção (em face do Estado), ao mesmo tempo em que garantem o exercício de liberdade entre os cidadãos, ou seja, permitindo a livre negociação entre os particulares, sem qualquer interferência do Estado quanto aos limites desta negociação (desde que respeitada a liberdade para tal).⁵

No entanto, o desequilíbrio das relações negociais e, especialmente, a transformação da concepção da Constituição de um instrumento de organização estatal para também sua caracterização como instrumento normativo e direcionador do ordenamento jurídico⁶, ou seja, a Constituição adquire *força normativa* e passa a prescrever e representar parâmetros de vinculação e *dever-ser*.⁷

Certamente que este processo de transformação não ocorre de forma imediata e, muito menos, com fácil penetração na doutrina e jurisprudência. Não obstante, dados os primeiros passos para a fixação de um novo paradigma de compreensão do direito privado através da Carta Constitucional, a discussão, hoje, encontra

como instrumento de efetivação dos direitos, impondo-lhe a atitude concreta de assegurar não apenas a liberdade, mas também a igualdade.

³ BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In Revista Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, jul. 2005, p. 334.

⁴ Direitos fundamentais de primeira geração são aqueles compreendidos pela doutrina como os direitos que surgiram a partir da revolução francesa, encontrando origem nos direitos naturais ou nos direitos do homem, e que representam o rol de garantias mínimas à pessoa para considerar-se em si com dignidade. São aqueles direitos nascidos inicialmente para defesa perante o Estado, afastando-o do cidadão e garantindo este afastamento (salvo para garantir a existência dos próprios direitos fundamentais), tendo como clássico exemplo o direito de liberdade. Neste sentido ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Também: SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 15-20, passim.

⁶ BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In Revista Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, jul. 2005, p. 337.

⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição. Die Normative Kraft Der Verfassung*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 09-31, passim.

caminho aberto, implementando importantes formas de inovação quanto à noção de autonomia da vontade, seus limites, e formas de preservação dessa e da igualdade.

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição, para Hesse, não pode presenciar a separação entre realidade e norma (entre ser e dever-ser). Sua gênese está na própria motivação, ou seja, “[...] a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação à ela [...]”, a realidade e a normatividade da Constituição não podem ser separadas.⁸

Ainda, a vinculação da Constituição (sua força normativa), não está “[...] tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, [...]”.⁹ Temos, portanto, dois fatores que influenciam para a normatividade da Constituição, onde o primeiro está ligado à adaptação da Carta à realidade, e o segundo decorre da própria essência de norma jurídica.

Para a persecução do fim ao qual se propõe (junção entre *ser* e *dever-ser*), bem como fonte axiológica do sistema jurídico, o texto constitucional se arrefece pela utilização de princípios que, pela sua própria natureza, carregam aspectos materiais e formais.

A utilização dos princípios é verificada no sistema alemão de longa data. Porém é através de Alexy que se estabelece padrões de normatividade dos princípios, com base justamente na sua *carga valorativa constitutiva*¹⁰, cuja análise inicia-se por uma eficaz distinção entre princípios e regras.¹¹

As normas que resultam de determinado ordenamento jurídico não são a simples representação dos dispositivos. Conforme Humberto Ávila, as “*Normas não são os textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.*” As normas são, portanto, o resultado do processo de interpretação dos dispositivos (regras e princípios).¹²

Na diferenciação estabelecida por Alexy, as regras são normas cuja aplicação atende ao critério do *tudo ou nada*: por subsunção, determinada regra se aplica ou não no fato objeto de análise. Os princípios, por sua vez, são *mandados de otimização* do ordenamento (normas realizadas na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes).¹³

⁸ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Op. Cit, p. 15.

⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Op. Cit, p. 19.

¹⁰ A expressão *carga valorativa constitutiva*, criada pelo autor do presente artigo, busca trazer os valores que deram base à construção do princípio, ou seja, busca identificar os valores que nortearam a edificação do princípio. Diferencia-se de outras situações, como a utilização de valores (atuais) para a interpretação/compreensão dos princípios ou mesmo reavaliação de determinado princípio com base em valores morais atuais.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83-115, passim.

¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

¹³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 86-87.

Esta diferença entre regras e princípios ainda pode ser vista pela resolução do *conflito* de regras e da *colisão* de princípios¹⁴. No conflito de regras, temos que, não havendo cláusula de exceção, uma das regras será afastada do caso concreto, fazendo-se incidir apenas aquela considerada válida, ou seja, há a declaração de invalidade da regra afastada. Na colisão de princípios, o método de resolução está na ponderação destes, onde, frente ao caso concreto, a aplicação dos princípios alcançará ambas as prescrições.¹⁵

Rothenburg, em relação aos princípios constitucionais, ressalta que estes possuem duas funções importantes dentro do sistema: como função formal, os princípios atuam dando concatenação lógica ao sistema; como função material, permitem a extração e compreensão do sentido das normas e do próprio sistema. Em qualquer dos casos, porém, diante da normatividade dos princípios, o autor refere que estes fazem a ligação da Constituição com a realidade.¹⁶

Assim, podemos identificar dois pontos especiais de atuação dos princípios. Em primeiro lugar, os princípios norteiam a elaboração legislativa constitucional e infraconstitucional; em segundo lugar, porém com estreita ligação ao item anterior, os princípios permeiam a interpretação do sistema, permitindo, neste processo, a realização de *links* com a realidade (em função da própria abertura valorativa que os princípios possuem).

Alexy, estabelece, relativamente aos princípios, uma classificação em materiais e formais. Os princípios materiais referem direitos, com maior ou menor amplitude de abrangência quanto à estes direitos. Os princípios formais, por seu turno, trazem garantias ou meios de proteção. É por meio destes últimos que o sistema se liga à realidade, enquanto que os princípios materiais comportam a carga valorativa (que lhe dera a origem).¹⁷

Esta distinção parte de uma concepção mista das normas de direitos fundamentais.¹⁸ Assim, ao expor esta terceira via, parte o autor da distinção entre princípios de conteúdo ou materiais e princípios formais ou procedimentais, onde estes instrumentalizam a aplicação daqueles. Também em relação às regras, são estas aplicáveis diante da sua previsão constitucional e na medida de sua especificidade. Ou seja, os princípios atuam de forma geral, porém as regras atuam quando específicas.¹⁹

Neste meio, convivem princípios expressamente estabelecidos na Constituição, assim como princípios implícitos que, da mesma maneira que os anteriores, também apresentam plena normatividade e eficácia.²⁰

¹⁴ Observe-se que na própria designação do enfrentamento já há distinção (*colisão e conflito*), decorrente da própria solução a ser aplicada em cada uma das situações.

¹⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 88-89.

¹⁶ ROTHENBURG, Walter Cláudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2003, p. 51-66, passim.

¹⁷ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 131-132.

¹⁸ O autor apresenta três modelos de abordagem. O primeiro deles, o modelo puro de princípios, as normas de direitos fundamentais são normas de princípios, onde as regras surgem como resultado de ponderações, de condições de precedência, dependendo estas (as regras) totalmente dos princípios. No segundo, um modelo puro de regras, há o abandono completo de ponderação, pois as normas de direitos fundamentais requerem complementação, valorizando-se a previsibilidade e a segurança jurídica. Os princípios somente são aplicáveis através das regras, sendo dependentes destas. Estes dois modelos mostram-se insuficientes diante das necessidades fáticas ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, assim como da falta de limitação à sua concretização, razão pela qual o autor defende um modelo misto de regras e princípios. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 129-137, passim.

¹⁹ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 134-135.

²⁰ ROTHENBURG, Walter Cláudius. Op. cit. p. 51-66, passim.

Verificamos, assim, que os princípios trazem os meios de implementação do *dever-ser*, mas intimamente ligado à realidade, pois a Constituição busca na realidade (e na Sociedade) sua função de existência. Veja-se que a própria essência dos princípios (valores, costumes, etc.) trazem os meios de sua ligação (como norma jurídica) à realidade (resolução dos casos concretos).

Os princípios constitucionais, conforme Bonavides, constituem-se no critério segundo o qual se delimitam e perfectibilizam-se todos os conteúdos normativos do sistema, realizando a 'congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo'.²¹

Os direitos fundamentais, de maneira geral, se engendram no texto constitucional e em todo o ordenamento jurídico através dos princípios, *i.e.*, são os princípios constitucionais que, via de regra, prevêm os direitos fundamentais, pois é através do enunciado principiológico constitucional que os direitos fundamentais são alçados à sua própria condição (de direitos fundamentais).

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que se faça uma compreensão precisa, mostra-se importante traçar distinções entre alguns termos²² amplamente citados quando se falam em direitos fundamentais.

Sinteticamente, podemos estabelecer as seguintes distinções: os direitos naturais remontam à idéia jusnaturalista de compreensão do homem, enquanto tal, como detentor de direitos essenciais, oriundos de sua própria condição; dos direitos do homem são decorrentes dos direitos naturais, porém não são positivados; quando os direitos naturais (ou mesmo os direitos do homem) alcançam a positivação supranacional (*v.g.*, Declaração Universal dos Direitos do Homem), são definidos como direitos humanos.²³

Os direitos fundamentais, finalmente, alcançam esta designação quando direitos pertencentes ao rol dos anteriormente citados (naturais, do homem e humanos) alcançam a sua positivação ou institucionalização no ordenamento Estatal, fazendo parte do texto constitucional.²⁴ São direitos que "[...] nascem e acabam com as Constituições."²⁵

Outro ponto de destaque está na própria efetivação da Constituição e de seus direitos fundamentais. A prospecção de conceitos e de eficácia do ordenamento junto à Carta Constitucional desencadeia um novo procedimento de análise/aplicação do direito, denominado *constitucionalização do direito privado*.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 261-266, *passim*.

²² Como direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais e direitos do homem.

²³ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 33.

²⁴ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 35.

²⁵ REIS, Jorge Renato dos. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: breves considerações. In _____. LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas*. T. 5. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005, p. 1499.

O processo de constitucionalização do ordenamento jurídico²⁶ supera a distinção entre direito público e direito privado, promovendo a integração destes, passando a ter uma nova função, como assenta Juan Maria Bilbao Ubillos, identificada como *orden jurídica fundamental da comunidade*:

Por otra parte, la polémica en torno a la eficacia vinculante de los derechos fundamentales está indisolublemente ligada a la condición normativa de la Constitución y, más concretamente, a su carácter de norma básica y elemento de unidad de todo el ordenamiento. La Constitución ha dejado de ser, simplemente, el estatuto del poder público para convertirse en el “orden jurídico fundamental de la comunidad”, de acuerdo con la conocida fórmula de Hesse.²⁷

Ou seja, a Constituição, como razão e fonte dos direitos fundamentais, se fará incidir sobre todo o ordenamento jurídico. Esta vinculação remonta à própria essência dos direitos fundamentais de primeira geração, onde estes consistiram em instrumento de proteção frente ao poder do Estado: os direitos fundamentais serviram para afastar o Estado do cidadão e das relações privadas, devendo apenas e tão somente garantir o exercício desta liberdade (da autonomia da vontade).²⁸

Para Perlingieri, as normas constitucionais devem ser utilizadas indiretamente (como instrumento hermenêutico), mas também diretamente, como norma de comportamento, lançando os *novos valores nas relações entre situações subjetivas*.²⁹ Esta nova proposta leva em conta o sistema como um todo, baseado nos valores fundantes do próprio ordenamento. A análise do direito por problemas específicos mostra-se equivocada e discrepante da realidade fático-social-jurídica.

Ainda, prossegue o autor, a busca da justiça social, perpassa por modificações cuja base de análise seja o ordenamento como um todo e não apenas para com problemas localizados, o que fulminaria as ambigüidades interpretativas que existem no direito civil. A “neblina” que apaga os limites entre direito público e privado, sua intermigração, com valorização do interesse coletivo e realização de direitos individuais (com favorecimento do pleno desenvolvimento da pessoa) colocam-se como objetivos à frente da anterior distinção.³⁰

Observe-se que as modificações implementadas retiraram dos direitos fundamentais a responsabilidade de apenas proteger a sociedade civil do Estado. A partir do 2º pós guerra, os direitos fundamentais lançam-se como precursores da realização da constituição, vinculando, assim, todas as relações, inclusive as relações privadas. Há inclusive uma modificação de nomenclatura de *direito privado* (que designava a matéria que não era propensa a qualquer influência do Estado)

²⁶ Entenda-se, aqui, valorização da Constituição como instrumento legislativo superior, carregado de valores, a despeito do anterior cunho meramente político que impregnava boa parte dos textos constitucionais mundiais (donde identificamos a primeira mudança significativa no BGB alemão).

²⁷ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 303-304.

²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127-131, *passim*.

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

³⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Op cit*, p. 49-54, *passim*.

para *direito civil* (englobando ainda a matéria das relações privadas, porém abrindo-se à incidência de normas constitucionais).³¹

Com a manifestação de relativa dependência do direito civil em relação à Constituição (no sentido de adequação da norma infraconstitucional aos preceitos da norma constitucional como fator de validade), os direitos fundamentais irradiam sua vinculação também nas relações entre particulares. Não obstante, novamente há a separação na doutrina sobre o alcance, ou eficácia, desta vinculação.

Identificamos, desta forma, três correntes principais: teoria da negação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais³², teoria da eficácia direta e teoria da eficácia indireta. Tendo Nipperdey como defensor da eficácia direta (imediata), esta apresenta os direitos fundamentais como de ampla proteção e aplicação irrestrita.³³

Aqui, os direitos fundamentais são aplicados diretamente nas relações entre os particulares, inclusive se sobrepondo às normas de direito civil. A captação de fundamentação a análise do caso concreto ocorre diretamente no texto constitucional, não importando quanto à presença de normas infraconstitucionais que tratam já da matéria, e que poderão ou não fazer parte da análise.

Através de uma crítica de que esta forma de análise acabaria estatizando os direitos fundamentais, surge a proposta de uma vinculação indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.³⁴ Nesta proposta, há dois pontos de influência. Inicialmente, as normas constitucionais incidirão diretamente sobre o processo legislativo, ou seja, a criação das normas infra constitucionais sofrerá a ação direta dos direitos fundamentais.

Contudo, com a vigência da norma específica de natureza civil, os direitos fundamentais somente poderão ser acessados de maneira subsidiária, *i.e.*, via de regra, deverá ser aplicada a norma de direito civil, específica, que sofrerá um enfrentamento quanto à sua adequação à prescrição Constitucional (portanto, não se afasta uma eventual análise de constitucionalidade da própria lei infra constitucional).³⁵ De forma sintética, a influência dos direitos fundamentais se dará através do dispositivo infraconstitucional; os direitos fundamentais darão a tonificação para a prospecção da norma.

Somente quando não houver legislação infraconstitucional é que os direitos fundamentais se aplicarão diretamente nas relações entre particulares, mas também fazendo-se uma análise sistemática da Constituição e demais prescrições legais correlatas à matéria em exame.

Sarlet refere, como via intermediária, a teoria dos deveres de proteção, que admite a intervenção Estatal para a defesa dos direitos fundamentais em casos excepcionais e previamente justificados, “carecendo de concretização de acordo com seu respectivo conteúdo”. Também a proposta de vinculação dos *poderes privados* é destaque, baseada na equiparação do poder do ente privado (que

³¹ Cf. PERLINGIERI, Pietro. Op cit, p. 53-54.

³² Que, apesar de fomentada a partir da década de 50, não encontra base de apoio atualmente. Isso se deve ao fato de que a teoria da negação, como o próprio nome refere, não admite a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, mantendo uma concepção clássico-liberal destes.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In _____. (Org). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 117-138, passim.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op cit, p. 117-138, passim.

³⁵ O que se constitui até mesmo em controle difuso de constitucionalidade.

provoca o desequilíbrio) equiparar-se ao poder estatal, formando-se uma relação vertical.³⁶

Particularmente, a eficácia direta (ou imediata) dos direitos fundamentais mostra-se adequada à realidade, tendo em vista a própria concepção de Constituição como documento representativo de *ser* e *dever-ser* da sociedade. Ou seja, diante da perspectiva de valorização do aspecto moral, na apreciação pelo julgador e adequado ao sistema jurídico, com valorização dessa *revisão moral* perante o caso concreto.

5 A AUTONOMIA PRIVADA

Um dos princípios elencados desde a primeira geração de direitos fundamentais, inclusive como parte da base da revolução francesa, fora o princípio da igualdade. Inicialmente, o princípio fora concebido com base nos aspectos formal e material.

Quanto ao seu aspecto material, o princípio fora construído sobre a pretensão de igualdade entre as pessoas para viabilizar o próprio exercício de liberdade (e vice versa), com a proibição de concessão de benefícios de tratamento nas negociações. Quanto ao seu viés formal, por decorrência da própria liberdade atingida com a Revolução Francesa, os particulares detinham igualdade como condição inerente à própria situação de particulares, e com igualdade, portanto, dever-se-ia proceder no tratamento entre particulares.

O decorrer da história mostrou que o aspecto material sufragou, e a igualdade como parâmetro formal tornou as relações entre particulares suscetíveis de desequilíbrios pela incapacidade ou insuficiência de uma das partes.

Não obstante, esse princípio da igualdade manifesta-se através do princípio da autonomia privada, atingindo, portanto, todas as relações particulares. A nossa atual Carta Constitucional, em seu art. 170, elenca como um dos princípios constitucionais a autonomia privada.

Segundo Perlingieri, a autonomia privada encontra baliza constitucional, com a necessidade de realização de interesses e funções sociais, ou seja, em completa distinção à pretensão de livre arbítrio formal na contratação. Também assume importância como fonte para a jurisprudência (importância da *ratio decidendi*), e a doutrina (como atividade crítica).³⁷

Para Steinmetz, a autonomia privada é princípio constitucional e, como tal, necessita ser respeitado pelo ordenamento jurídico.³⁸ Prossegue o autor referindo que

A autonomia privada manifesta-se como um poder de autodeterminação e de auto vinculação dos particulares. No exercício da autonomia privada, os particulares tornam-se legisladores dos próprios interesses, seja para criar direitos, seja para criar deveres.³⁹

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op cit, p. 117-138, passim.

³⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil* – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17-19.

³⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 189-197, passim.

³⁹ STEINMETZ, Wilson. Op cit, p. 191.

Ou seja, a autonomia privada é a manifestação da liberdade de contratação e livre disposição dos particulares. Porém, ao mesmo tempo, e em decorrência desta própria condição, oportuniza-se o desequilíbrio entre as partes em determinada relação, por condições insuficientes de exercício da autonomia privada (como hipossuficiência financeira, cognitiva, cultural, etc.). Nestas situações, via de regra, presenciamos o enfrentamento (colisão) de outros princípios em face da autonomia privada (como a subordinação de princípios como dignidade da pessoa humana, em face da valorização da igualdade formal).

O ponto de discussão está na forma de resolução do problema fático perante situações semelhantes em que se depara o princípio da autonomia privada e outros preceitos fundamentais. Consoante fora verificado acima, as relações privadas acabaram por se subordinar aos direitos fundamentais. Porém a própria autonomia privada constitui-se em princípio fundamental.

Alexy, tratando da colisão de princípios (como, *v. g.*, autonomia privada X dignidade da pessoa humana), refere que os princípios, em virtude da colisão, deverão ser *ponderados*, considerando a proporcionalidade, as circunstâncias do caso concreto e a prescrição dos princípios em confronto. O resultado poderá ser a aplicação de um dos princípios ou mesmo de ambos.⁴⁰ Da mesma forma referem Humberto Ávila⁴¹, Ingo Wolfgang Sarlet⁴², Ana Paula de Barcellos, esta apresentando inclusive modelos *pré-prontos* para a resolução de casos concretos.

O exercício da autonomia privada, contudo, demanda na análise da própria possibilidade de seu exercício. Daniel Sarmento, que também refere a valorização da autonomia privada como princípio fundamental, aborda a temática sob o viés de que somente é possível garantir a autonomia privada se forem efetivados os direitos fundamentais. Para que a autonomia privada seja garantida, é indispensável que o direito fundamental da liberdade seja garantido, assim como deverão ser propiciadas condições básicas ao pleno exercício desta liberdade.⁴³

Quando se verifica situações de desequilíbrio nas relações privadas, e que, portanto, demandam na provocação e análise do jurista, há a restrição do direito fundamental de liberdade, pois ninguém está habilitado ao exercício da liberdade se não lhe fores propiciadas as condições de conhecimento e pleno exercício desta liberdade.

Se o direito fundamental da liberdade é alvo de afronta, então a própria condição de existência da autonomia privada é fustigada, fulminada pela não preservação da igualdade material e solidariedade, com a tutela de hipossuficientes, Boa-fé objetiva, função social (propriedade, contrato), proteção ao meio ambiente, moradia, etc.⁴⁴

Ou seja, o princípio da autonomia privada, em situações de desequilíbrio, não alcançaria uma afronta à direitos fundamentais, mas sim uma situação de

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 89-98.

⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87 e ss.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁴³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 188-196, passim.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. *Op cit*, p. 188-196, passim.

necessidade prévia de respeito/aplicação dos direitos fundamentais como pressuposto para que tenha havido autonomia na negociação privada.

Veja-se que isso representa não uma limitação dos direitos fundamentais, mas sim a necessidade de respeito dos direitos fundamentais como parâmetro indispensável à garantia do direito fundamental de liberdade e da autonomia, pois não há autonomia sem que se fale em consciência e condições de exercício desta autonomia.

Isso permite ainda que se possa traçar, ao menos por ora, como parâmetro de limitação à aplicação dos direitos fundamentais nas relações inter-privadas a própria preservação dos direitos fundamentais, buscando, portanto, uma situação de equilíbrio para que somente então se faça a ponderação de eventuais conflitos remanescentes entre direitos fundamentais.

Esta análise permite que se faça uma análise sistemática do ordenamento constitucional, pois não há como admitir a vinculação de um direito fundamental se não lhe são garantidos os pressupostos básicos⁴⁵.

6 A MORAL READING DE DWORKIN

Não obstante a larga utilização do sistema alemão, no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de implementação dos direitos fundamentais, até mesmo em virtude da proximidade entre estes, a percepção trazida por Ronald Dworkin, do sistema da *common law*, permite sua adaptação para a leitura e concretização dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Ronald Dworkin propõe a interpretação da Constituição a partir de um ponto de vista moral, pois direito e moral são intimamente ligados, não sendo necessário que esta (a moral) seja positivada para ser aplicada.

Segundo o autor, que afasta eventual identificação jusnaturalista, a moral a ser considerada é racional, no papel de fonte de um processo de interpretação racional e carente de argumentação para adquirir substantividade em determinado *hard case*.

O julgador não traz um processo de interpretação simplesmente discricionário, ou então, vinculado ao que o legislador tencionou quando da elaboração da norma: seu trabalho é norteado pela legislação posta, porém aberto à uma constante reanálise a partir do ponto de vista moral-racional. Ainda, a análise moral perpassa por todas as decisões, sendo inadequado desconsiderar a sua existência.⁴⁶

Perante o sistema democrático, os tribunais assumem a responsabilidade de aplicar o direito tendo-se por base os direitos fundamentais. Nem sempre haveria, portanto, um respeito à vontade da maioria. Contudo, perde mais apenas quem possui mais a perder e, portanto, sendo isto inerente ao sistema, alguém perderia (no caso a maioria em favor das minorias).

Não que essa premissa moral esteja incrustada em toda a análise a ser feita da Constituição, mas, assumindo status político e moral idêntico à todos, de modo

⁴⁵ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Fredon's Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 1-7, passim.

que a *moral reading* busca a melhor interpretação dos princípios morais constitucionais, de acordo com o próprio ordenamento (leitura sistemática).⁴⁷

Ao tomar como responsabilidade sua a valorização dos direitos fundamentais, os tribunais estão aumentando o poder político das minorias. A igualdade de poder político se acentua com a proteção dos direitos fundamentais.

Letícia de Campos Velho Martel realizou profunda pesquisa junto à Suprema Corte Americana em busca do embasamento para o devido processo legal substantivo. Nesse íterim, relatando a decisão do *Justice Roberts*, seguida pela corte, fora estabelecida a competência primordial do Legislativo como instância de análise e ponderação de valores. No entanto, ficou reservado ao Judiciário o poder de verificação da própria constitucionalidade dessa ponderação (em âmbito procedimental e material), de maneira a evitar previsões arbitrárias ou discriminatórias, colocando-se, portanto, como instância final de análise e decisão.⁴⁸

Nas decisões de maior impacto social, ao proceder no julgamento, os juízes trazem a análise a partir da moral, em sentido político, o que se mostra necessário pela própria situação (do caso). Essa aproximação da moral com a sociedade lhe dá a legitimidade para a decisão.

Assim, a viabilidade de justificação substancial em um julgamento, por via de aplicação de princípios morais, antes tida por falha, na verdade fundamenta a valorização do princípio democrático.⁴⁹

E é a partir das próprias decisões da *Supreme Court* que Ronald Dworkin estabelece a comprovação da validade da *moral reading*, onde os julgamentos apresentam a aceção moral com importante influência nas decisões.⁵⁰

A vinculação à preceitos extra-positivos das decisões pode ser verificada a partir da segunda guerra mundial, onde muitas democracias as mais altas cortes adquiriram (menos nos Estados Unidos) o poder de revisar atos administrativos, de acordo com a razoabilidade, justiça natural e proporcionalidade. Da mesma forma, passaram a revisar a legislação frente às normas constitucionais, quando por ventura violarem direitos individuais (tanto oriundos de tratados internacionais, como da Constituição). É o caso da Corte Européia de direitos humanos que, paulatinamente, vem adquirindo mais importância e poder.

Essa nova forma implementa três questões. Em primeiro lugar, uma maior penetração de aspectos morais na administração, e ainda maior na jurisdição constitucional e internacional, tanto na interpretação de leis, como no desenvolvimento do *common law*. A despeito de disposições estruturadas tecnicamente (como no direito penal, direito civil, etc.), o julgamento com base em parâmetros morais é verificável e delineável, especialmente na administração pública, que traz essa abertura através da conveniência e necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, haja vista que são situações que requerem do julgador a análise e contraposição destes parâmetros frente à aspectos econômicos e eficiência administrativa, promovendo, portanto, interação e balanceamento entre eficiência e outros valores morais.⁵¹

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. p. 7-12, passim.

⁴⁸ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 337.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. p. 7-12, passim.

⁵⁰ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Op. Cit, p. 347.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *The judge's new role: should personal convictions count?* Journal of International Criminal Justice 1: Oxford University press, 2003, p. 5-6, passim.

O parâmetro moral não traz interferências radicais na jurisdição constitucional, pois a Carta Constitucional possui expressamente parâmetros morais, como direito de liberdade de expressão, tratamento isonômico, respeito à dignidade e à vida. Assim, o melhor conceito de democracia, para uma genuína sociedade democrática deve conter uma postura com profundas reflexões sobre moralidade política.

Refere Dworkin, em segundo lugar, que o aspecto moral causa controvérsia na sua aplicação junto à Corte Constitucional, como, no caso dos Estados Unidos, o aborto, eutanásia, discriminação racial, entre outras. Em terceiro lugar, a questão principal da jurisdição constitucional é verificar como o Estado age ou deveria agir para com os cidadãos, centrando-se no aspecto político e não individual.⁵²

Pela exposição que se faz do juiz constitucional, não apenas aspectos morais, mas também aspectos políticos norteiam as decisões. Esses aspectos se transformam em *plano de fundo* para decisões como autorizações especiais para luta contra o terrorismo (*to terrorize terrorists*), proibição do aborto, sem a imposição de suas concepções morais pessoais apenas, mas considerando também a opinião pública.

Certamente que os juízes usam de suas concepções morais para apreciar as demandas, porém aqueles aspectos que a população considera moral adquirem maior referência na apreciação de determinada causa. Ou seja, as convicções morais do juiz constitucional não são refutadas, porém não apenas elas influenciam na decisão, abrindo espaço para a opinião pública, justamente em função da exposição desse juiz.⁵³

7 MORAL READING E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Um dos pontos importantes de aplicação da *Moral Reading* de centra-se no afastamento das críticas lançadas por eventual afronta ao princípio democrático. Segundo os críticos, admitir a interferência da moral na atuação do juiz é mesmo que poderes de legislar àquele cujo função é apenas a aplicação da lei. Dessa forma, se admitida a interferência da moral e, portanto, da criação de parâmetros de decisão não expressos no ordenamento, haveria a ofensa ao princípio democrático, haja vista que o legislador, representante legítimo da democracia, teria sua competência fustigada pelo judiciário.

A mesma dúvida foi lançada a respeito da possibilidade de decisão com caráter político (manifestação indireta da moral), ou seja, se as decisões podem trazer fundamentos políticos.⁵⁴

A questão, contudo, se apresenta sem dualidades, ou seja, a vinculação ao princípio democrático é fundamento para a implementação de decisões amparadas em premissas morais atuais e sistemáticas.

Para Dworkin, todas as decisões, especialmente nos casos difíceis, que vão buscar na constituição amparo moral, promovem a discussão sobre legitimidade. Seria antidemocrático produzir decisões amparadas em aspectos morais? Segundo o autor, três respostas podem ser postas.⁵⁵

⁵² DWORKIN, Ronald. Op. Cit, p. 6-7, passim.

⁵³ DWORKIN, Ronald. Op. Cit, p. 7-9, passim.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes Editor, 2001, p. 03.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *The judge's new role: should personal convictions count?* Journal of International Criminal Justice 1: Oxford University press, 2003, p. 9-10.

A maioria das pessoas não faz objeção à este poder, e algumas até aprovam. Resposta que não é satisfatória pois não se trata apenas de saber o que as pessoas aceitam ou não. A segunda opção refere que este poder não pode ser aceito, pois afronta a vontade da maioria, o que seria, portanto, antidemocrático. Porém ainda assim não atende ao propósito democrático.⁵⁶

Na terceira, a proposta centra-se na atuação do julgador para garantir uma nova concepção de democracia onde não se trata simplesmente de avaliar a vontade da maioria, mas para garantir condições de participação nas decisões. Portanto, seria antidemocrática a revisão de determinada lei pela análise material. No entanto, tratando-se de intervenção como garantia procedimental, o autor aponta a importância da intervenção judiciária, como pressuposto até de verificação do princípio democrático, de modo que viabiliza a participação de todos (maioria e minoria) no processo democrático.⁵⁷

8 A PERSPECTIVA DA MORAL READING PARA A PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Conforme Norberto Bobbio, o ordenamento jurídico possui tanto o caractere de unicidade – que determina a necessidade de atenção à uma norma fundamental – bem como de sistematicidade – envolvendo as normas em um sistema ordenado e que deve ser interpretado sistematicamente.⁵⁸

A partir dessa posição, podemos traçar um parâmetro de convergência entre a aplicação da *moral reading* pela Jurisdição, como instrumento de amparo aos aspectos fundamentais de liberdade e igualdade (e não apenas vontade da maioria), bem como pela garantia de preservação dos direitos fundamentais, especialmente garantindo condições de exercício da autonomia da vontade.

Segundo Dworkin, a premissa moral é indissociável da realização do ato decisório e, após análise, verificamos sua importância como instrumento da aplicação do princípio democrático, desde que atue como amparo procedimental, afastando, assim, a intervenção na esfera material.

A responsabilidade pela articulação é o cerne da jurisdição. A limitação de sua atuação está no fato de que nenhuma decisão deve deixar de fundamentar-se em algum princípio. Ou seja, o limite é a análise estrutural (procedimental), devidamente fundamentada através dos princípios constitucionais, meios estes que evitariam a identificação do juiz como ditador.

Necessário referir que, partindo-se da concepção de Daniel Sarmiento, a autonomia da vontade somente pode ser considerada na medida em que foram possibilitadas as condições de manifestação e exercício dessa autonomia, ou seja, é necessária a intervenção quando não forem identificados os pressupostos de exercício da autonomia da vontade.

Se estamos tratando de valorização do princípio democrático pela atuação da jurisdição a partir de uma função de controlador das “regras do jogo democrático”, podemos identificar a mesma função quando imputada-lhe a necessidade de se pronunciar diante de um caso de aplicação de princípios em relação interprivada,

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. Op. Cit, p. 10.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. Op. Cit, p. 10.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Brasília: UNB, 1999, p. 71.

cuja função também é garantir formal e materialmente a igualdade (via procedimental), como pressuposto de validade do negócio jurídico privado.

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais se apresenta como indissociável diante da atual compreensão do sistema jurídico, amparado em uma ordem democrático-constitucional.

A dificuldade está centrada na demarcação de limites desta vinculação (ou eficácia), bem como quais instrumentos devem ser utilizados para essa limitação. Contudo, ao trazer a análise da aplicação dos direitos fundamentais como pressupostos de existência e exercício da autonomia privada, é possível estabelecer um fator limitador desta aplicação através da verificação destas condições de existência e exercício.

Em outras palavras, os direitos fundamentais devem ser analisados a partir de uma anterior verificação de cumprimento, como pressupostos de validade da manifestação decorrente da autonomia privada. O julgador, amparado na viabilidade de análise moral procedimental, sopesa e identifica eventual afronta aos direitos fundamentais.

A aceitação de que aspectos morais atuem na tomada de decisão pelo judiciário, especialmente nas Cortes Constitucionais (que traçam caminhos para o desenvolvimento da jurisprudência), e na contextualização e aplicação de princípios, garante a oxigenação do texto constitucional sem interferir na competência legislativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: *Revista Ajuris*, Porto Alegre, jul. 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Fredon's Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *The judge's new role: should personal convictions count?* *Journal of International Criminal Justice 1*: Oxford University press, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes Editor, 2001.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. (Die Normative Kraft Der Verfassung). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade – A linha decisória da Suprema Corte Estadunidense*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REIS, Jorge Renato dos. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: breves considerações. In: _____. LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas*. T. 5. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005, p. 1499.

ROTHENBURG, Walter Cláudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2003.

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

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.