

Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites

Fernanda Stracke Moor

Sumário

1. Introdução. 2. O contrato na perspectiva de uma crescente repersonalização. 3. Caracterização dos direitos, liberdades e garantias. 3.1. Diferença entre regras e princípios. 3.2. Colisões de princípios e conflitos de regras. 3.3. Noções sobre os modelos: puro de princípios, puro de regras e regra/princípios. 3.4. Teoria dos princípios e teoria dos valores. 4. Os direitos fundamentais como direitos subjetivos. 5. O direito geral de liberdade. 5.1. O direito geral de liberdade e as normas jusfundamentais. 6. Restrições aos direitos fundamentais. 6.1. Conceito de restrições dos direitos fundamentais. 6.2. Requisitos das leis restritivas. 6.3. Tipos de restrições dos direitos fundamentais. 6.4. Estrutura das normas restritivas. 7. A liberdade como direito fundamental. 8. Limites à liberdade contratual. 9. A eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada. 10. A concretização dos direitos fundamentais por meio do princípio da proporcionalidade. 11. Conclusão.

1. Introdução

O Instituto do Contrato aparece na atualidade como um dos três pilares básicos da Teoria Geral do Direito Civil, porém a sua concepção liberal, baseada na autonomia da vontade, com a evolução da sociedade de massas e do Estado Social, passa por uma renovação teórica que busca a equidade e a justiça, denominada socialização da teoria contratual.

No sentido dessa reformulação de paradigmas, os interesses individuais não são

Fernanda Stracke Moor é Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, com ênfase em "Instituição de Direito do Estado" e Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS.

garantidos com a ampla autonomia contratual, sendo o princípio da autonomia da vontade relativizado por meio de um considerável intervencionismo do Estado, que procura garantir um justo equilíbrio nas obrigações das partes, bem como assegurar a função social do contrato.

O objeto deste estudo é a liberdade contratual e seus limites, em que são trazidos os fundamentos que justificam a liberdade contratual como um direito fundamental, apesar da falta de dispositivo expresso no texto constitucional. A doutrina alemã e portuguesa entende a liberdade contratual como decorrência do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, enquanto a brasileira, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, uma vez considerada como um direito fundamental, surge a questão da possibilidade dos tipos de limites da liberdade contratual, que podem ocorrer sob a forma de dirigismo contratual público e dirigismo contratual privado.

O clássico direito de liberdade pertence à categoria dos direitos de defesa, que representam atributos da pessoa que são oponíveis contra o Estado, porém, a liberdade contratual, como direito não-escrito, não é deduzida apenas do catálogo previsto na Constituição, mas também por meio da construção jurisprudencial baseada no regime e nos princípios da constituição.

Surge o problema da eficácia dos Direitos Fundamentais na esfera do Direito Privado, denominada eficácia horizontal, que se pode apresentar sob duas formas: relevância mediata e relevância imediata.

Com a Nova Hermenêutica, na expressão de Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade traz uma proteção mais eficaz dos Direitos Fundamentais perante o Estado, surgindo como ponto fundamental, na medida em que é o meio através do qual tais direitos são concretizados.

Neste estudo se buscará analisar um pouco a estrutura das normas fundamentais, para fins de facilitar a compreensão

unitária dos Direitos Fundamentais e sua interpretação.

2. O contrato na perspectiva de uma crescente repersonalização

A mudança na temática dos contratos é fruto de uma mudança na sociedade, nos aspectos social, econômico e jurídico.

No direito contemporâneo, o contrato é um dos três pilares fundamentais da teoria geral do direito privado e sofre profundas alterações ao deixar de seguir o modelo individualista oitocentista e passar a incorporar aspectos do estado social de direito.

A autonomia privada surge na medida em que houve a transferência da sociedade feudal para a sociedade capitalista. Naquele momento histórico, o contrato teve importância fundamental, pois possibilitou a circulação dos bens, garantida pela liberdade contratual. A liberdade contratual é uma das extensões da autonomia privada.

A noção de contrato aparece como categoria universal da expressão da autonomia privada e tem como pressuposto filosófico e como consequência jurídica uma concepção que representa historicamente um importante passo na libertação do homem (PRA-TA, [s.d.], p. 79).

A Revolução Francesa é o marco inicial da instauração dos regimes liberais, e com ela surge o que depois vem a se chamar de Estado de Direito. Um dos princípios sobre os quais se assentou o Estado Liberal foi o Princípio da Liberdade Contratual. Também o Princípio da "Pacta sunt servanda" foi de fundamental importância, pois representou um dos elementos constitutivos do Estado Liberal e da sociedade burguesa.

No Estado Liberal, o direito contratual traz em seu bojo a concepção iluminista da autonomia da vontade, essa última confundida com a própria liberdade. O direito contratual é reflexo do momento histórico por que passa a sociedade, e no liberalismo a tendência era o individualismo e o apoio em uma sociedade burguesa.

A autonomia privada do século XIX oferecia uma liberdade apenas formal, porque partia de uma igualdade formal. Uma liberdade real geral nunca pode ser produzida só pela autonomia privada. O elemento essencial para a liberdade real é uma situação jurídica e fática aproximadamente igual dos interessados (HESSE, 1995, p. 79).

De acordo com o Código Civil brasileiro, a noção de contrato é uma projeção dos modos de adquirir, fruir e utilizar a propriedade. Com o individualismo, surge a liberdade quase absoluta de contratar, sem qualquer intervenção do Estado em assuntos de cunho privatístico (MEIRELLES, 1998).

As relações contratuais disciplinadas no Código Civil têm por base a autonomia da vontade, e dessa autonomia surge a liberdade contratual como expressão máxima. Assim, a liberdade contratual outorgava aos indivíduos a possibilidade de amplamente decidirem sobre os seus interesses.

Quanto ao Princípio da “*pacta sunt servanda*”, dava esse ao contrato a qualidade de vinculante, obrigatório e intangível. Na atualidade, porém, percebe-se que o momento histórico não é mais na mesma perspectiva do Código Civil, e surge a necessidade de reconhecer que o mesmo não mais se encontra no centro das relações de Direito Privado. Tal entendimento decorre com a nova Constituição Federal e o surgimento dos microsistemas como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor. O deslocamento da posição do Código Civil se deu em face do reconhecimento da “*unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento*” (TEPEDINO, 1993, p. 21-32).

Essa unidade decorre da existência da norma fundamental, e, com a referida unidade, os princípios superiores, ou valores propostos na Constituição Federal, estão presentes em todo o tecido normativo, não sendo mais aceitável a contraposição direito público/direito privado (TEPEDINO, ibi-

dem), e os interesses privados reencontram o interesse público.

Na perspectiva da superação dessa contraposição, os valores existenciais passam para o vértice do ordenamento jurídico. Disso se depreende que é necessária a incidência dos valores constitucionais na normatiza civilística, “operando uma espécie de ‘despatrimonialização’ do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento” (TEPEDINO, *ibidem*).

A disciplina das relações privadas, que no âmbito do Código Civil eram baseadas no individualismo, hoje é tratada na perspectiva do “personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)” (PERLINGIERI, 1997, p. 1). Na perspectiva de um maior personalismo e despatrimonialização, as relações contratuais passam a ter uma função social e contribuem na busca de uma maior justiça contratual. A “repersonalização” do contrato acaba “recolocando o indivíduo como ser coletivo no centro dos interesses” (FACHIN, 1994, p. 45-50).

Operou-se, então, uma superação do modelo liberal de contrato com base em dois fatores básicos que são o Estado Liberal e a sociedade de massas.

A discussão em torno da caracterização da liberdade contratual como direito fundamental tem importante repercussão na medida em que há uma possibilidade cada vez maior de intervenção do Estado nas relações contratuais, que antes conferiam uma total liberdade e autonomia da vontade na esfera privada.

No decorrer do estudo, procurar-se-á enfrentar essas questões, na medida em que as restrições à liberdade contratual apresentam dois aspectos que são muito próximos, como a garantia da liberdade contratual em decorrência dos princípios do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade

da pessoa humana e, por outro lado, a necessária intervenção do Estado para fins de impor limites à liberdade contratual como forma de evitar que a plena liberdade exercida por alguns, especialmente os detentores de um maior poder econômico, legitime a exploração do contratante débil.

Nesse sentido, há a necessidade de repensar a matéria contratual para evitar que haja um desequilíbrio na relação contratual que se estabelece, procurando colocar em primeiro plano os valores que buscam o respeito ao livre desenvolvimento e preservação da dignidade da pessoa humana, por meio da utilização ponderada das normas que assim o asseguram. Nessa perspectiva, o princípio da proporcionalidade é um meio que possibilita preservar ao máximo todas as normas que regulamentam a matéria, procurando dessa maneira estabelecer um necessário equilíbrio.

3. Caracterização dos direitos, liberdades e garantias

No presente estudo, será analisada a liberdade contratual, a qual, apesar de não ser expressamente prevista na Constituição Federal, é em parte deduzida do rol dos direitos, liberdades e garantias. Daí a importância em caracterizar os direitos, liberdades e garantias, dos quais se retira importantes aspectos para uma posterior fundamentação da liberdade contratual como Direito Fundamental.

A classificação direitos, liberdades e garantias é relevante sob vários aspectos: em primeiro lugar, não representa um simples esquema classificatório, mas pressupõe um regime jurídico-constitucional especial; em segundo lugar, essa classificação e esse regime vão servir de parâmetro material a outros direitos análogos dispersos ao longo da Constituição; e em terceiro lugar, porque aos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias se atribui uma forma vinculante e uma densidade aplicativa (aplicabilidade direta) que apon-

tam um reforço normativo desses preceitos em face de outras normas da Constituição (CANOTILHO, 1998, p. 364).

A natureza defensiva e negativa desses direitos apresenta alguns critérios na medida em que a Constituição qualifica como direitos, liberdades e garantias direitos positivos a ações ou prestações do Estado, quando prevê que os destinatários dos direitos, liberdades e garantias não são apenas os poderes públicos, mas também as entidades privadas (Constituição Portuguesa) características, e, por último, mesmo que a dimensão de garantia aponte basicamente para a inexistência de agressão ou coação político-estatal, isso não significa que eles não se configurem como direitos a exigir o cumprimento do dever de prestação a cargo do Estado das condições de exercício de liberdade (p. 365).

As normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias têm aplicação direta (o que não significa que seja desnecessária a mediação legislativa), o que significa que os direitos por elas reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para valerem na ausência de lei ou mesmo contra a lei (p. 366).

A referência primária dos direitos, liberdades e garantias é a sua função de defesa, auto-impondo-se como direitos negativos diretamente conformadores de um espaço subjetivo de distanciação e autonomia com o dever de proibição de agressão por parte dos destinatários públicos e privados. Aqui ficam fora da categoria dos direitos, liberdades e garantias aqueles que consistam exclusivamente em prestações do Estado, por serem constituídos em nível político-legislativo (p. 367).

O texto constitucional não possui um elenco taxativo de direitos fundamentais, mas traz uma enumeração aberta, que pode ser complementada por meio de novas faculdades, especificadas em cada momento. Além dessa complementação, trata-se de uma manifestação simétrica da regra do caráter restritivo das restrições de direitos, li-

berdades e garantias, de um princípio geral do ordenamento jurídico, qual seja, o princípio da realização da pessoa humana como decorrência imediata da afirmação de sua dignidade. E esse princípio tem como homólogo, no direito privado, o princípio da tutela geral da personalidade, aproximável do direito geral à proteção da personalidade (MIRANDA, 1998, p. 152).

3.1. Diferença entre regras e princípios

A distinção entre regras e princípios é um dos pilares fundamentais para a teoria dos Direitos Fundamentais, pois constitui a base da fundamentação iusfundamental e é chave para a solução dos principais problemas da dogmática dos Direitos Fundamentais. Constitui um elemento básico, entre outros direitos, da dogmática dos direitos de liberdade (ALEXY, 1997, p. 81).

As regras e princípios são normas, pois dizem o que deve ser; são razões para juízos concretos de dever ser e podem ser formulados com a ajuda das expressões deontológicas básicas do mandato, da permissão e proibição (p. 83).

O critério mais utilizado para a distinção entre regras e princípios é o da generalidade. Por esse critério, os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, e as regras, com um grau relativamente baixo. “Como outros critérios de distinção se discutem a ‘determinabilidade dos casos de aplicação’, a forma de sua origem – por exemplo, a distinção entre normas ‘criadas’ e ‘desenvolvidas’ –, o caráter explícito do conteúdo valorativo, a referência a idéia do direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para o ordenamento jurídico”. Outra diferença entre regras e princípios ocorre segundo o que sejam fundamentos de regras ou regras elas mesmas ou segundo se trate de normas de argumentação ou de comportamento (ALEXY, 1997, p. 83-85).

Com base nos fundamentos desse tipo de critério, são possíveis três teses diferentes no tocante à distinção entre regras e prin-

cípios. Pela primeira tese, a intenção de dividir as normas em regras e princípios é em vão, haja vista que a pluralidade já existe. Os defensores da segunda tese consideram que as normas podem ser divididas na classe de regras e princípios, mas a distinção seria apenas de grau, e numerosos autores dessa tese entendem que a generalidade é o critério decisivo. Conforme a terceira tese, as normas podem dividir-se em regras e princípios, sendo que entre essas regras e princípios existe não só uma distinção gradual senão qualitativa. Essa última é a tese correta (p. 85-86).

Outro critério decisivo de distinção entre regras e princípios, e que não está na lista acima apresentada, é o critério dos princípios como mandato de otimização. Segundo o critério citado, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, podendo ser cumpridos em diferente grau. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras opostos (p. 86).

Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Sendo a regra válida, deve ser feito exatamente o que ela exige, dentro das possibilidades fácticas e jurídicas. Dessa forma, a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau, sendo que toda norma é ou bem uma regra ou um princípio (p. 87).

3.2. Colisões de princípios e conflitos de regras

Na colisão de princípios e nos conflitos de regras, fica clara a distinção entre regras e princípios. Também é comum o fato de que duas normas aplicadas independentemente conduzem a resultados contraditórios e se diferenciam na forma como se soluciona o conflito.

Para a solução de um conflito de regras é necessária a inclusão de uma cláusula de exceção que elimina o conflito, ou declarar inválida ao menos uma das regras. Em caso de conflito de regras, não sendo possível a

inclusão de uma cláusula de exceção, ao menos uma das regras tem de ser declarada inválida, sem definir qual delas é a que será declarada inválida. Por meio da utilização das regras de derrogação por lei posterior de lei anterior e de lei geral por lei especial, pode ser solucionado o problema, mas também é possível proceder de acordo com a importância das regras em conflito (p. 88).

Já a solução da colisão de princípios é resolvida de maneira distinta, pois, quando um princípio proíbe e outro permite algo, um dos princípios deve ceder ante o outro, mas não significa que um princípio seja declarado inválido, nem que deva nele ser incluída uma cláusula de exceção (p. 89).

Havendo uma situação de tensão entre o interesse do Estado e o interesse do indivíduo que está constitucionalmente garantido, o Estado é obrigado a seguir a Lei Fundamental. Não pode essa tensão ser solucionada no sentido de uma prioridade absoluta, pois o conflito deveria ser solucionado por meio de uma ponderação de interesses opostos. Nessa ponderação se verá, dos interesses abstratamente considerados iguais, qual possui maior peso no caso concreto. Isso significa que cada um deles limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro, o que não quer dizer que um dos princípios não seja válido e tenha de ser eliminado do sistema jurídico (p. 90-91).

Também a inclusão de uma exceção em um dos princípios não é a solução. Esta consiste no estabelecimento, entre os princípios, de uma precedência condicionada, considerando as circunstâncias do caso. Na relação de precedência, são indicadas as condições pelas quais um princípio precede o outro, e, havendo outras condições, a solução sobre a precedência pode ser inversa (p. 91-92).

O Tribunal alemão não admite que a relação de precedência seja incondicionada, pois estabelece que nenhum dos interesses merece, sem mais, precedência frente ao outro. Isso vale, em geral, para a colisão de princípios de direito constitucional. Assim, só à

primeira vista o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana constitui uma exceção (p. 92).

Há que partir de duas normas da dignidade da pessoa, é dizer, uma regra da dignidade da pessoa e um princípio. Absoluto não é o princípio senão a regra que, com a sua abertura semântica, não necessita de uma limitação com respeito a nenhuma relação de preferência relevante, pois, se o princípio da dignidade se impusesse em todas as circunstâncias aos demais princípios constitucionais, haveria redução da garantia da dignidade da pessoa (p. 108-109).

O aspecto decisivo é saber, sob quais condições, qual princípio tem precedência e qual deve ceder. O Tribunal se serve da difundida metáfora do peso (p. 93).

Como resultado da ponderação iusfundamental correta, pode formular-se uma norma de direito fundamental com caráter de regra, e a ela pode ser feita a subsunção do caso. Assim, ainda que todas as normas de direito fundamental diretamente ditadas tenham exclusivamente caráter de princípios, algo assim não é – existiriam tanto as normas de direito fundamental que são princípios e outras que são regras, o que conduz à aplicação da teoria dos princípios na teoria da norma fundamental (p. 98).

Até aqui os princípios têm sido definidos como mandatos de otimização e as regras como normas que só podem ser cumpridas ou não, surgindo o diferente comportamento de conflito e colisão. Surgem propriedades daquelas características que devem ser consideradas e analisadas algumas objeções à teoria do conflito e da colisão (p. 98).

3.3. Noções sobre os modelos: puro de princípios, puro de regras e regra/princípios

Quanto ao modelo puro de princípios, o Tribunal Constitucional Federal alemão considera, em determinadas situações, as normas iusfundamentais como princípios.

“Com a ajuda da lei de colisão, se precisou a conexão entre as normas

iusfundamentais como princípios e as regras iusfundamentais referidas a decisões: as condições sob as quais um princípio precede o outro constituem o susposto do feito de uma regra que expressa o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”².

Dessa forma, existiriam 2 tipos de normas iusfundamentais, princípios e regras. Os princípios seriam concebidos como sendo as garantias estatuídas pelas disposições iusfundamentais. “As regras surgem da determinação das condições de precedência, como resultados das ponderações. Como em um modelo deste tipo as regras dependem totalmente dos princípios, pode ser chamado ‘modelo puro de princípios’”³.

A crítica a esse modelo é que não toma a sério a Constituição escrita, deixando de lado as regulações diferenciadas das restrições da Lei Fundamental (ALEXY, 1997, p. 117).

O modelo puro de regras é o modelo mais atrativo levando em consideração a vinculação ao texto constitucional, a segurança jurídica e a previsibilidade. Para os defensores dessa tese, as normas de direito fundamental são livres de ponderação, o que gera insegurança (p. 118).

Nesse modelo surgem três tipos de normatizações iusfundamentais: a dos direitos fundamentais sem reserva alguma, a dos direitos fundamentais com reserva simples e a dos direitos fundamentais com reserva qualificada. Esse modelo fracassa nesses três tipos de normatizações (p. 129).

O modelo de regra/princípios, com as duas formas puras não aceitáveis, surge como uma forma combinada, vinculando um nível de princípios com um nível de regras (p. 130).

Ao âmbito dos princípios pertencem todos os princípios relevantes para as decisões iusfundamentais abaixo da Lei Fundamental. Para tais decisões, não são relevantes apenas os princípios que se referem aos direitos fundamentais, ou seja, aqueles

que conferem direitos fundamentais “prima facie”, mas também aqueles que têm por objeto bens coletivos e que podem ser utilizados como razões a favor e contra os direitos fundamentais “prima facie”. Os direitos fundamentais dessa espécie são assim identificados quando conferem um direito subjetivo. Já os princípios que se referem a bens coletivos não são tão facilmente identificados, pois alguns são adscritos a disposições da Lei Fundamental que não são iusfundamentais (p. 130-131).

As disposições de direitos fundamentais ao nível de regras podem ser consideradas como expressão do intuito de estabelecer determinações frente às exigências de princípios contrapostos (p. 133-134).

Tanto as regras como os princípios instituídos por disposições constitucionais são normas constitucionais. No tocante à hierarquia dos dois níveis, desde o ponto de vista da sujeição à Constituição, existe uma prioridade do nível das regras, mas o nível dos princípios também é resultado de um ato de positivação, e esse tipo de decisão em nível de princípios que podem entrar em colisão deixa muita coisa sem decidir. Assim, na medida em que se decide ao nível de regras, se decide mais do que quando a decisão é por princípios (p. 134).

As normas de direito fundamental não podem ser concebidas só como regras ou só como princípios. O modelo adequado é obtido quando as disposições iusfundamentais se vinculam (adscrevem) tanto a regras como princípios, podendo ambas reunirem-se em uma norma de direito fundamental com caráter duplo (p. 138).

3.4. Teoria dos princípios e teoria dos valores

Os princípios e valores se vinculam, pois, por um lado, da mesma forma que é possível falar em colisão de princípios e de uma ponderação de princípios, também pode falar-se de uma colisão de valores e de uma ponderação de valores; por outro lado, o cumprimento gradual dos princípios tem o seu equivalente na realização dos valores.

Assim, enunciados do Tribunal Constitucional Federal sobre valores podem ser reformados em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios em enunciados sobre valores, sem perda alguma de conteúdo (p. 139).

Aqui é importante destacar conceitos práticos que auxiliam na diferenciação entre princípios e valores, que são: conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos. Os conceitos deontológicos são os de mandato, proibição, permissão e de direito a algo. Já os conceitos axiológicos são utilizados quando algo é catalogado como belo, seguro, econômico, democrático, social, liberal. Por último, os conceitos antropológicos são os da vontade, interesse, necessidade, decisão e ação (p. 139-140).

A partir dos conceitos acima citados, é possível diferenciar o conceito de princípio do conceito de valor. Os princípios são mandatos de otimização, e os mandatos pertencem ao âmbito deontológico. Os valores são incluídos no âmbito axiológico (p. 140-141).

A diferença entre princípios e valores está no fato de que o que no modelo dos valores é “*prima facie*” o melhor é no modelo dos princípios “*prima facie*” devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor é no modelo dos princípios definitivamente devido. No direito, do que se trata é o devido, e isso vem a favor dos princípios, e o modelo de princípios tem a vantagem de que nele se expressa de forma clara o caráter do dever ser (p. 147).

Em resumo, o modelo dos princípios e o dos valores tem mostrado ser igual no que diz respeito à estrutura, com a diferença de que um é reconhecido no âmbito deontológico (dever ser) e o outro no âmbito axiológico (o âmbito do bom) (p. 147).

Segundo Paulo Bonavides, há uma nova teoria axiológica ou teoria dos valores da terceira fase, que produz mudanças de sentido na consideração conceitual de certas noções básicas, como de direito fundamental, Constituição, hermenêutica, liberdade, separação de poderes e proporcionalidade.

Algumas dessas noções passam a compor as bases de um novo direito constitucional, vazado numa fundamentação mais sólida, proporcionada pela teoria material da Constituição, que é obra do pós-positivismo e da rejeição ao modelo do tradicional formalismo positivista (BONAVIDES, 1998, p. 584).

A dimensão valorativa e objetiva dos direitos fundamentais foi decisiva para transitar-se da hermenêutica jusprivatista de subsunção para uma Nova Hermenêutica, a hermenêutica constitucional, em que se aplica com frequência o princípio da proporcionalidade, que gera conceitos novos como os de “concordância prática”, “pré-compreensão” e “concretização”. Com a Nova Hermenêutica, concretiza-se o preceito constitucional, prevalecendo uma operação cognitiva de valores que se ponderam. O intérprete é colocado diante da consideração de princípios, que são as categorias por excelência do direito constitucional (1998, p. 585).

A ponderação na aplicação dos valores e princípios não conduz sempre ao mesmo resultado. Não é a ponderação um procedimento no qual um bem é obtido à custa do outro, não se caracterizando um procedimento abstrato ou geral. O resultado é um enunciado de preferência condicionado em que, de acordo com a lei de colisão, surge uma regra diferenciada de decisão. A ponderação é uma tarefa de otimização (ALEXY, 1997, p. 166).

4. Os direitos fundamentais como direitos subjetivos

Em termos de direitos fundamentais, nós não temos um modelo de direitos subjetivos, e fala-se muito em posições jurídico-subjetivas. A Constituição contém normas que podem ou não conter posições jurídico-subjetivas.

Ainda não há um consenso sobre a definição de direito subjetivo, mas nas discussões sobre a matéria surgem questões bastante diferenciadas do tipo normativas, em-

píricas e analíticas, que são analisadas (p. 173).

Na relação direitos subjetivos e questões normativas, essas últimas podem distinguir-se em ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas. Será caso de questão ético-filosófica quando, independente da validade do ordenamento jurídico, surgir um questionamento sobre a existência dos direitos dos indivíduos e quais direitos teriam. Quando se pergunta se um sujeito jurídico possui determinado direito subjetivo em um sistema jurídico, é analisada questão do tipo jurídico-dogmática (p. 174).

As questões empíricas são importantes na teoria jurídica dos direitos subjetivos, sendo notória a importância no marco dos argumentos históricos e teleológicos (p. 176).

As questões analíticas são muito importantes em uma teoria estrutural dos direitos fundamentais. Na consideração analítica dos direitos subjetivos, a norma é aquilo que expressa um enunciado normativo (p. 177).

Os direitos subjetivos apresentam uma variedade muito grande de espécies, cabendo distinções do tipo direitos do domínio absoluto e relativos, por um lado, e direitos de conformação, por outro, a distinção trazida por Jellinek de direitos de status negativo, positivo e ativo, e a divisão de Kelsen em direitos reflexos, direitos subjetivos em sentido técnico, autorizações positivas das autoridades, direitos políticos e direitos fundamentais e de liberdade (p. 183-184).

Uma norma garante um direito subjetivo quando o titular do bem tem, em face do seu destinatário, o "direito" a determinado ato, e esse último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse ato. Assim, o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito (CANOTILHO, 1998, p. 1122).

As relações e posições constitutivas de direitos fundamentais são muito diferenciadas (p. 1126-1128):

- Quanto aos direitos fundamentais ga-

rantidos como *direitos a atos negativos*, existem três perspectivas: 1. direito ao não-impedimento por parte dos entes públicos de determinados atos; 2. direito à não-intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjetivas; 3. direito à não-eliminação de posições jurídicas (ex. direito à não-eliminação da propriedade privada).

- No que se refere aos *direitos a ações positivas*, muitas normas da Constituição consagram direitos dos indivíduos a ações positivas do Estado, quer reconhecendo direito a uma ação positiva de natureza fática, quer garantindo o direito a um ato de natureza normativa.

- E quanto a uma outra posição jurídica fundamental expressa pela categoria jurídico-dogmática de *liberdades*, é essa ligada aos direitos de defesa perante o Estado. As liberdades costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva, sendo identificadas com direitos a ações negativas. A denominação mais apropriada é direitos de defesa e não direitos de liberdade, porque o direito de liberdade é apenas uma fatia dos direitos de defesa.

Mas os direitos fundamentais deixaram de ser caracterizados pela singularidade da face subjetiva e passaram a ter uma dupla dimensão: a subjetiva e a objetiva, essa última a que em muito contribuiu para a renovação dos fundamentos do direito constitucional. Nessa perspectiva, também a liberdade se viu afetada, pois com a dimensão subjetiva alcançava-se apenas uma extensão parcial da liberdade do indivíduo com a liberdade do Estado, sendo que com a dimensão objetiva, a liberdade enquanto fruição de direitos fundamentais, poderia ser estendida a todos os membros da sociedade (BONAVIDES, 1998, p. 585-586).

5. O direito geral de liberdade

O Tribunal Constitucional Federal alemão interpretou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como direito ge-

ral a liberdade de ação, e essa concepção tem sido mantida (ALEXY, 1997, p. 331-332).

As conseqüências de um direito fundamental que garanta a liberdade geral de ação (liberdade de fazer e omitir o que um quer) tem grande alcance. Esse direito de liberdade garante duas coisas: por um lado, a cada um é permitido “prima facie”, ou seja, em caso de não intervenção de restrições, fazer ou omitir o que queira (norma permissiva). Por outro lado, cada qual tem “prima facie”, ou seja, na medida em que não intervenham restrições, um direito frente ao Estado para que não impeça ações e omissões (norma de direito) (p. 333).

O direito geral de liberdade, englobando normas permissivas e de direitos, não é a versão mais ampla. Os dois tipos de normas citados se referem só a ações do titular de direitos fundamentais. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, porém, o direito geral de liberdade pode estender-se também à proteção de ações, de situações e posições jurídicas do titular de direito fundamental (p. 333-334).

Um direito geral de liberdade tão amplo exige também uma ampla versão da cláusula restritiva. Mas, o Tribunal Constitucional Federal se decidira pela mais ampla de todas as cláusulas restritivas, compatível com a Lei Fundamental. A contraposição surgida entre o direito amplo e a cláusula ampla tem conseqüências processuais: entendendo lesionado um direito fundamental seu por meio de lei que restringe a liberdade de ação, toda pessoa poderá discutir, com recurso de inconstitucionalidade, se essa lei não contraria a Constituição (p. 334-335).

Há muitas objeções à concepção do direito geral de liberdade, mas a concepção de um direito geral de liberdade traz consigo mais vantagens que inconvenientes (p. 335).

Uma das objeções contra a concepção do direito geral de liberdade é no sentido de que tal direito é vazio, carece de substância, e, assim, não poderia julgar acerca da admissibilidade de restrições à liberdade. Segundo o autor, convém dividir em duas te-

ses a objeção do conteúdo vazio: a tese da não-tipicidade e a da falta de substância. Pela primeira, o entendimento é de que a concepção do direito geral de liberdade conduz a uma norma iusfundamental sem suposto de fato. A segunda sustenta que a concepção do direito geral de liberdade torna impossível a vinculação do legislador, pois não haveria critério para saber quais restrições podem ser impostas e quais não (p. 335-336, 338).

A objeção mais importante, que consiste na falta de substância, tem sido refutada (p. 359).

Uma restrição para ser admissível deve ser compatível com o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, parte do postulado da ponderação de que quanto mais afetadas resultarem as manifestações elementares da liberdade de ação humana, mais cuidadosamente devem ser ponderadas as razões alegadas como justificação frente ao direito básico de liberdade do cidadão (p. 339).

Na análise do conceito de liberdade, a liberdade de fazer e omitir o que se quer, ou seja, a liberdade de eleger entre alternativas de ação, foi designada como liberdade negativa em sentido amplo. Uma pessoa é qualificada como livre em sentido negativo na medida em que suas alternativas de ação não estão obstaculizadas. O conceito de liberdade em sentido amplo engloba a liberdade jurídica (caso em que algo não está nem ordenado nem proibido) e também engloba a liberdade sócio-econômica, que não existe na medida em que situações econômicas deficitárias impedem o indivíduo de utilizar alternativas de ação (p. 341).

Uma segunda objeção, chamada sistemática, é aquela a que se recorre quando o direito geral de liberdade é vinculado com a concepção de um sistema axiomático cerrado (p. 361).

O sistema é cerrado na medida em que o direito geral de liberdade protege “prima facie” a liberdade negativa (em sentido estrito).

Entre a dignidade da pessoa humana e o direito geral de liberdade existem duas re-

lações: de precisão e complementação, sendo que para este estudo apenas interessa a primeira (p. 362).

O princípio da liberdade negativa confere precisão ao princípio da dignidade humana. Quem apresenta o princípio da dignidade da pessoa como fundamento do princípio da liberdade negativa não deduz este daquele apenas, mas se apóia bem numa precisão segundo o esquema dedutivo abaixo:

“(1) A dignidade da pessoa deve ser respeitada e protegida.

(2) Se não vale o princípio da liberdade negativa, a dignidade da pessoa não é respeitada e protegida.

(3) Deve haver o princípio da liberdade negativa”⁴.

A objeção sistemática contra o direito geral de liberdade é injustificada (ALEXY, 1997, p. 365).

A terceira objeção refere-se ao conteúdo e, segundo ela, o direito geral de liberdade é expressão de uma concepção errônea do indivíduo e da sua relação com o Estado e a comunidade. Tal objeção se dirige contra duas propriedades do direito geral de liberdade: primeiro, contrário pelo fato de que é um direito ilimitado desde o ponto de vista do suposto de fato; segundo, contrário pelo fato de que é um direito negativo no sentido exposto. O direito geral de liberdade possui essas propriedades, mas não traz as temidas conseqüências (p. 365).

Uma situação total de liberdade, que não é mais que uma situação correta ou justa da sociedade, não pode esgotar-se numa maximização da liberdade jurídica negativa que consista na ausência de mandatos e proibições. Sem a liberdade negativa na relação entre iguais, sem as competências jurídicas para participar na formação da vontade coletiva (liberdade negativa democrática), sem um certo grau de ausência de situações econômicas deficitárias (liberdade negativa social) e também sem as ações de participação na comunidade política (liberdade positiva democrática), não pode haver nenhuma situação total de liberdade (p. 367-368).

Por meio da lei de ponderação, o direito geral de liberdade é introduzido na situação total de liberdade de maneira que a referência da pessoa e a vinculação com a comunidade podem, de um lado, ser tomadas em conta sem maior problema e, de outro, se manterem os elementos de liberdade necessários à independência da pessoa.

5.1. O direito geral de liberdade e as normas *iusfundamentais*

A liberdade forma parte da dignidade da pessoa e esta deve ser tomada em conta nos casos de exame da compatibilidade material com a ordem constitucional. A concepção formal-material do direito geral de liberdade pode solucionar o problema, pois, segundo ela, a norma da dignidade da pessoa e a norma que garanta a liberdade negativa não precisam ser examinadas em graus diferentes. O peso das razões que falam a favor da proteção do direito fundamental resulta da conjugação do princípio da liberdade negativa e do princípio da dignidade da pessoa humana. Tais princípios juntos devem ser ponderados diante dos princípios que falam a favor da intervenção. Mas, se os subprincípios materiais do princípio da dignidade da pessoa humana não devem ser examinados em um grau inferior ao subprincípio formal da liberdade, com maior razão vale que o princípio da liberdade negativa não tem de ser examinado em um grau inferior ao princípio da liberdade negativa porque seja um subprincípio do princípio da dignidade da pessoa (p. 374).

O suposto de fato do direito geral de liberdade engloba todos os supostos de fato dos direitos especiais de liberdade. Estes são expressão de decisões do legislador constitucional no âmbito do princípio da liberdade negativa (p. 375-376).

6. Restrições aos direitos fundamentais

As restrições aos Direitos Fundamentais somente podem ocorrer por normas de hierarquia constitucional ou por normas infra-

constitucionais quando a Constituição autorizar a restrição.

Somente é admissível a restrição dos Direitos Fundamentais quando, na análise do caso concreto, os princípios opostos tiverem um peso maior que o do princípio iusfundamental. Devem, no entanto, as diferentes restrições ser analisadas e aplicadas à luz das regras básicas da proporcionalidade e concordância prática, para fins de que seja alcançada, na medida do possível, a otimização dos direitos, liberdades e garantias.

6.1. Conceito de restrições dos direitos fundamentais

Há duas teorias que explicam o conceito de restrições. Para a primeira, chamada teoria externa, nos ordenamentos jurídicos os direitos se apresentam primordial ou exclusivamente como direitos restringidos, mas insiste que também existem direitos sem restrições. Para essa teoria, a relação entre direito e restrições é criada em face da necessidade externa do direito de compatibilizar os direitos dos indivíduos, bem como os direitos individuais e bens coletivos. Para a segunda teoria, teoria interna, não existe o direito e suas restrições como sendo duas coisas separadas, mas existe o direito com um determinado conteúdo, sendo que o conceito de restrição é substituído pelo de limite. As dúvidas sobre os limites do direito estão ligadas à questão do seu conteúdo (p. 268, 269).

A definição sobre uma teoria ou outra depende do fato de que as normas iusfundamentais sejam consideradas como regras ou princípios e as posições iusfundamentais como posições definitivas ou “prima facie”. Se se parte de posições definitivas, é possível refutar a teoria externa, e se se parte de posições “prima facie”, a teoria interna (p. 269).

Os bens restringíveis são aqueles iusfundamentalmente protegidos (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e posições “prima facie” concedidas por princípios iusfundamentais (p. 272).

Quanto à questão do que são as restrições de direito fundamental, refere o autor que são normas que restringem posições iusfundamentais “prima facie”. Uma norma só pode ser uma restrição de direito fundamental se é constitucional (p. 272).

O conceito de restrição de direito fundamental é definido tanto para regras como para princípios. Uma regra é uma restrição a um direito fundamental quando na vigência, em lugar de uma liberdade iusfundamental “prima facie” ou de um direito iusfundamental “prima facie”, aparece uma não-liberdade definitiva e um não-direito definido de igual conteúdo. Quanto aos princípios restringentes, não podem eles, por si só, colocar ao indivíduo não-liberdades ou não-direitos. Para as restrições definitivas requer-se uma ponderação entre o princípio de direito fundamental e o princípio que o restringe (p. 274-275). Os princípios restringem materialmente todas as possibilidades de concretização dos direitos iusfundamentais, fazendo com que em lugar da liberdade iusfundamental “prima facie” ou de um direito fundamental “prima facie” apareça uma não-liberdade ou um não-direito de igual conteúdo (STUMM, 1995, p. 137-138).

6.2. Requisitos das leis restritivas

É necessário o estabelecimento de requisitos para evitar a aniquilação dos direitos, liberdades e garantias por meio de leis restritivas. São eles:

1. exigência de autorização de restrição expressa – por esse requisito, o legislador deverá procurar nas normas constitucionais o fundamento concreto para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias;

2. o requisito de lei formal – por ele, os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos por lei;

3. o requisito da generalidade e abstração da lei restritiva – tal requisito proíbe a existência de leis de natureza individual e concreta restritiva de liberdade e garantias individuais;

4. o requisito da não-retroatividade da lei restritiva – é um princípio geral das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias;

5. o princípio da proibição do excesso – no âmbito das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida);

6. o princípio da salvaguarda do núcleo essencial – por esse requisito, existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode ser violado (CANOTILHO, 1998, p. 412-420).

O limite à restrição de um direito fundamental é o resguardo do núcleo essencial, e quanto à garantia do núcleo referir-se a posições subjetivas ou objetivas, o Tribunal Constitucional Federal alemão entende que a decisão deve garantir o conteúdo essencial a posições individuais, porque os direitos fundamentais constituem posições iusfundamentais do indivíduo (STUMM, 1995, p. 139).

As teorias subjetivas podem ser absolutas ou relativas. A teoria relativa vê o conteúdo essencial como resultado da ponderação. Para essa teoria, a restrição dos direitos fundamentais com a aplicação do princípio da proporcionalidade não lesionam o núcleo essencial. A teoria absoluta não admite em nenhum caso a restrição ao núcleo de um direito, sendo que o conteúdo essencial é determinado em abstrato, consistindo num espaço de maior intensidade valorativa. As decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão oscilam entre a aplicação de uma ou outra dessas teorias, mas se manifestou várias vezes pela absoluta (p. 140).

No texto da constituição brasileira, a proteção do núcleo essencial não é uma exigência expressa, mas não significa por isso que ela não vigore, ao contrário, ela aparece como reflexo da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional, como forma de evitar restrições desproporcionais (p. 141-142).

6.3. Tipos de restrições dos direitos fundamentais

Os tipos de restrições eventualmente existentes são: 1. restrições constitucionais diretas ou imediatas (restrições diretamente estabelecidas pelas normas constitucionais); 2. restrições estabelecidas por lei, mediante autorização expressa da Constituição (reserva da lei restritiva); 3. limites iminentes ou implícitos (correspondem aos limites constitucionais não-escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos, com a finalidade de se salvaguardarem outros direitos ou bens constitucionalmente garantidos) (CANOTILHO, 1998, p. 1142-1143).

É necessária a diferenciação entre restrição e cláusula restritiva para a compreensão da sistemática das restrições da Lei Fundamental. A definição de restrição corresponde à perspectiva do direito, e de cláusula restritiva é a parte da norma completa de direito fundamental que disse como está ou pode ser restringido o que o suposto de fato de direito fundamental garante “prima facie” (ALEXY, 1997, p. 277). Em outros termos, a restrição se refere ao direito e a cláusula restritiva constitui-se numa norma que veicula a restrição. A cláusula pode ser expressa ou tácita.

6.4. Estrutura das normas restritivas

As normas imediatamente restritivas de direitos são, ao mesmo tempo, normas de garantia de direitos e normas limitativas de direitos.

Quando há previsão de limitação dos direitos, liberdades e garantias, por meio de lei, a norma é simultaneamente uma norma de garantia (porque reconhece um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental) e uma norma de autorização de restrições (porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido) (CANOTILHO, 1998, p. 1144).

Os limites iminentes existentes nos direitos fundamentais dependem dos limites

impostos pela Constituição, que os cria ou recebe. Os limites imanentes podem ser expressos, quando previstos no texto constitucional, ou serem implícitos à ordem jurídica. Nesta hipótese, só são determináveis por interpretação (STUMM, 1995, p. 143).

Os limites imanentes implícitos aparecem quando ocorre um conflito positivo de normas constitucionais, entre uma norma consagrada de certo direito fundamental e outra consagrada de outro direito ou diferente interesse constitucional. Ocorre somente entre direitos válidos e bens e interesses constitucionalmente protegidos, e a solução do conflito será dada pelo método da concordância prática ou ponderação (p. 143).

7. A liberdade como direito fundamental

Os direitos fundamentais são decisivos tanto para a atividade do legislador como para a das instâncias de criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas (HESSE, 1995, p. 58).

O Tribunal Constitucional Federal alemão identifica nos direitos fundamentais, junto com a sua função de defesa frente às intervenções do Poder Público, princípios objetivos não só do ordenamento constitucional, senão simplesmente do ordenamento jurídico em seu conjunto (p. 57).

A Lei Fundamental alemã não garante expressamente a liberdade contratual, mas seu exercício dentro dos limites da ordem constitucional, é assegurada como projeção do livre desenvolvimento da personalidade pela jurisprudência do Tribunal Constitucional (p. 55).

No direito civil tradicional, o princípio fundamental da autonomia privada, em particular na forma da liberdade contratual, deve ser preservado, pois constitui o aspecto ativo e positivo da personalidade, o âmbito em que a pessoa pode atuar como ser autônomo e responsável, no qual não é lícito convertê-la em simples meio para fins sociais. Assim, existem boas razões para que

a autonomia privada e a liberdade contratual estejam hoje no centro da discussão sobre a situação e o significado do direito civil. Os perigos para a sua subsistência estão na proliferação de regulamentações imperativas (p. 75).

A liberdade contratual encontra seu fundamento e limites baseada na responsabilidade da vida e da personalidade, tendo como pressuposto uma certa igualdade jurídica e fática dos interessados. Com a falta de tal pressuposto, a autonomia de um conduz à falta de liberdade de outro, e desaparece todo fundamento e transpassa todo limite. O equilíbrio indispensável deve então ser encontrado por outra via, que é a da regulação estatal (p. 78).

A Lei Fundamental garante fundamentos de direito privado, com a vinculação reforçada do direito constitucional, enquanto tutela da personalidade livre e autodeterminada mediante os direitos de liberdade e mediante o direito geral da personalidade, que protege a pessoa frente a intervenções estatais (p. 84).

O princípio da autonomia da vontade, com base no qual está o desenvolvimento da personalidade da pessoa ligado à liberdade, supõe que renúncias no âmbito do direito são admissíveis, mas não são ilimitadas. A renúncia está condicionada às condições de igualdade, ficando comprometida a sua voluntariedade quando ocorrer no âmbito de uma relação de poder. Aqui surge a idéia de equilíbrio, que é imprescindível para falar-se em liberdade contratual, e surgem limitações advindas do legislador, que limitam a liberdade negocial (p. 23).

A garantia de institutos jurídico-privados, a salvaguarda de obrigações estatais de tutela e a função de guia podem reforçar a autodeterminação individual, bem como ter transcendência para novos componentes sociais do direito privado, conduzindo a vinculações no exercício dos direitos e limitações da autonomia privada (p. 85).

Assim também é decisiva a transcendência do direito privado para a ordem consti-

tucional da Lei Fundamental, que se apóia no desenvolvimento de relações garantidas pelos direitos fundamentais mediante o direito privado, pois, sem as regras mais detalhadas desse último, não poderiam desenvolver-se nem ter efeito algum. Isso vale para a liberdade contratual (p. 85-86).

Mas, antes de mais nada, um direito civil que descansa sobre a proteção da personalidade e sobre a autonomia privada forma parte das condições fundamentais da ordem constitucional da Lei Fundamental (p. 86).

No direito brasileiro, a Constituição Federal, ao referir os direitos “decorrentes do regime e dos princípios”, consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos pela via da interpretação, com base nos direitos constantes do “catálogo”, bem como no regime e nos princípios fundamentais da Constituição (SARLET, 1998, p. 88).

No desenvolvimento interpretativo dos direitos não-escritos, já em comentário à Constituição de 1946, autores têm referido a questão da impossibilidade de especificar todos os direitos e de mencionar todas as liberdades, cabendo à lei ordinária, à doutrina e à jurisprudência completarem a obra (p. 89).

Na nossa Constituição Federal, o conceito materialmente aberto do art. 5º, parágrafo segundo, prevê a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não-escritos. Assim, sob o título de direitos decorrentes, o Constituinte reconheceu expressamente a possibilidade de se deduzirem novos direitos fundamentais, com base no regime e nos princípios da Constituição (p. 92).

No direito brasileiro, o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana reside, primordialmente, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa. A liberdade é considerada a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar a sua conduta (p. 105).

Mas a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado. Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade (p. 106).

A garantia do livre desenvolvimento da personalidade e o direito à autodeterminação sobre assuntos que dizem respeito à esfera particular e garantia de um espaço privado constituem pressuposto para o respeito da dignidade da pessoa.

“Na medida em que o exercício do poder constitui permanente ameaça para a dignidade da pessoa humana, há quem considere a limitação do poder como uma exigência diretamente decorrente desta, acarretando, dentre outras conseqüências, a necessidade de se tolerarem ingerências na esfera pessoal apenas com base na lei e desde que resguardado o princípio da proporcionalidade” (p. 108).

O sentido do caráter preceptivo das normas consagradoras de direitos fundamentais é o de preservar a liberdade individual dos atentados do Estado, dos poderes públicos e de quaisquer outros que possam ofender a liberdade individual ou suprimi-la (PRATA, [s.d.], p. 136-137).

A liberdade de atuação individual é aceita desde que não prejudique intoleravelmente a idéia da dignidade da pessoa humana, no entanto, essa consideração é válida na medida em que

“não exista preceito legal expresso que regule o caso, impondo certas obrigações e deveres ou proibindo especialmente a discriminação a ou contra certas categorias de pessoas. Ao legislador ordinário fica assim atribuída uma margem de atuação que lhe per-

mite fazer variar, conforme as necessidades públicas e a opinião geral, o espaço de liberdade dos indivíduos nas relações de direito privado – desde que, é evidente, não atinja o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias nem destrua a autonomia individual” (ANDRADE, 1998, p. 295).

8. *Limites à liberdade contratual*

Não há vedação para que sejam estabelecidos limites à autonomia e liberdade pessoal, mas a redução do núcleo da dignidade da pessoa humana a uma fórmula abstrata e genérica parece possível apenas na análise do caso concreto.

Na legislação dos contratos, existem duas diretivas que, apesar de parecerem antagônicas, só têm sentido se analisadas conjuntamente. São elas o dirigismo contratual e a liberdade contratual. Vieira de Andrade considera essencial, numa relação contratual, que os sujeitos privados poderosos não podem ser tratados do mesmo modo que os demais indivíduos, devendo ser consideradas ilícitas as restrições que atingem a dignidade das pessoas, mas também não pode ser negada ou destruída a autonomia pessoal e a liberdade negocial (p. 284).

Na perspectiva da limitação da liberdade contratual, os direitos fundamentais sofrem uma mudança qualitativa, que produz uma alteração jurídica das relações jurídico-privadas, mediante uma diferenciada intervenção pública que relativiza o dogma da autonomia da vontade (HESSE, 1995, p. 12).

O dirigismo contratual surge como uma espécie de elemento mitigador da autonomia privada, fazendo presente a influência do direito público no direito privado pela interferência estatal na liberdade de contratar (NERY JÚNIOR, 1998, p. 347).

Após uma evolução do Estado, no direito contratual contemporâneo não mais subsiste o individualismo puro existente no século XIX, baseado na liberdade formal e se-

gurança, mas surgem interesses sociais que passam a ser tutelados visando a uma verdadeira justiça contratual. Assim, o “laissez faire” da Escola Liberal “não trará justiça para todas as atuais tarefas” (HESSE, 1995, p. 78). Surge uma renovação teórica do contrato, chamada de socialização da teoria contratual, que busca a equidade, a boa-fé e a segurança nas relações contratuais. A socialização se fará sentir por meio do intervencionismo do Estado na vida dos contratos, para fins de assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo (MARQUES, 1995, p. 74).

Na busca do equilíbrio contratual, a lei passa a desempenhar a importante função de limitadora e legitimadora da autonomia da vontade (p. 75), na medida em que estipula quais interesses sociais serão protegidos, o que não significa que a autonomia da vontade não permaneça, mas fica restrita a auto-regulação das partes ao disposto nas normas imperativas. Nesse sentido, na medida em que a autonomia da vontade é mitigada como decorrência da nova concepção de contrato no Estado Social, surge o interesse social como elemento direcionado para a sociedade para que o contrato encontre a sua função social.

Ao invés da vontade absoluta das partes, “o direito dos contratos socializado redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente”, visando à proteção de determinados interesses sociais na medida em que consegue efetivamente limitar a vontade que visa apenas a interesses individuais (p. 77).

O dirigismo contratual ocorre apenas nas relações jurídicas consideradas como merecedoras do controle estatal, do que se depreende que a desigualdade em si não é situação que reclama a interferência, mas ocorre quando no caso concreto uma das partes é considerada contratante débil, para que seja mantido ou se restabeleça o equilíbrio. Dessa forma, são consideradas as reais desigualdades, ao contrário do que se visava na legislação oitocentista, em que não

havia o dirigismo, e bastava uma igualdade formal.

Na sociedade de massas, surgem os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos, os quais, em razão da estipulação prévia e unilateral pelos fornecedores, podem possibilitar um direcionamento das cláusulas de acordo com os seus interesses, garantindo vantagens que quebram o equilíbrio do contrato. Tais cláusulas são abusivas, sendo que o desequilíbrio do contrato se manifesta na definição dos direitos e obrigações que normalmente beneficiam a parte contratual mais forte, às custas da lesão dos interesses da parte com menos poder.

No entanto, nos contratos de adesão, mesmo caracterizada a falta de liberdade contratual e restando caracterizado o poder de barganha, o caráter contratual existe, e a manutenção do vínculo geralmente beneficia o contratante mais fraco (p. 46).

No que se refere à liberdade contratual, também nos contratos submetidos a condições gerais dos contratos, não existe liberdade contratual, liberdade de determinar o conteúdo do contrato (p. 56), haja vista que tais condições são rígidas e unilateralmente elaboradas, especialmente quando o fornecedor é o contratante que detém o monopólio do objeto do contrato. Diante da possibilidade de ocorrerem abusos por meio de uma estipulação unilateral, é necessária a intervenção para disciplinar o conteúdo das referidas condições, cujo controle pode ocorrer de forma preventiva (legislador ditar conteúdos, autorização de órgão administrativo) ou repressiva (controle pelo poder judiciário).

O crescente dirigismo contratual traz a questão da crise ou declínio do contrato, que na realidade não ocorreu, pois houve um fortalecimento do contrato e uma adequação à realidade emergente, com o que as figuras contratuais clássicas perderam a liberdade absoluta de contratar, e surgiram novas e variadas formas contratuais.

Na atualidade, predominam não mais aqueles contratos que cumpridos se extin-

guem, mas aqueles de longa duração, tendo como características a continuidade dos serviços, massificação, prestabilidade por terceiros do objeto contratual, internacionalidade ou grande poder econômico dos fornecedores, e a crescente substituição do Estado por fornecedores privados, o que gera a necessidade de uma intervenção do legislador para efetivar a regulamentação, ou a intervenção do judiciário para possibilitar o equilíbrio (p. 64).

Com o dirigismo contratual da atualidade, o Estado interfere na liberdade de contratar, mantendo o perfil civil da figura do contrato. Dessa forma, apesar do dirigismo, os conteúdos típicos de direitos privados permanecem

“como espaços autônomos de liberdade (como mostra sobretudo a sua proteção por direitos fundamentais individuais), mas esta liberdade já não é apenas limitada pela liberdade dos outros particulares, mas também pelos reflexos da solidariedade nas relações intersubjetivas entre os sujeitos de direito” (WIEACKER, 1993, p. 4).

O intervencionismo manifesta-se de início por meio de um controle que se limita a atividades de fiscalização, controle de determinados negócios, determinação de preços mínimos (MARQUES, 1995, p. 88), até chegar a um intervencionismo mais considerável na forma de limitações legislativas que reduzem o poder de estipulação livre por parte dos particulares e interferem nos conteúdos dos contratos.

Os limites à liberdade contratual aparecem na forma do dirigismo contratual, que pode ser de duas formas: dirigismo contratual público (legislativo, judicial e administrativo) e dirigismo contratual privado.

No dirigismo contratual legislativo, aparecem as seguintes limitações: limitação da liberdade de escolha do outro contratante, limitação da liberdade de escolha do tipo contratual e limitação da liberdade de determinação do conteúdo do contrato (NETO LOBO, 1995, p. 40-45).

Para promover o dirigismo contratual, é necessário que o legislador utilize normas cogentes ou impositivas, para fins de surtir os efeitos desejados (NETO LOBO, 1990, p. 64-78). O Estado passa a legislar tendo em vista as necessidades gerais da sociedade, e não segundo a vontade comum e provável dos contratantes.

A limitação da liberdade de escolha do outro contratante decorre da própria imposição ao Estado Social da tarefa de garantir o fornecimento de bens vitais a todos os cidadãos, sendo irrecusável a contratação. Os exemplos mais característicos são os setores de fornecimento de serviços públicos (água, luz, telefone, transporte) ou monopolizados (Idem, *ibidem*).

Quanto à limitação da liberdade de determinação do conteúdo contratual, o legislador estabelece algumas ou todas as condições do contrato. Ocorre freqüentemente nas relações contratuais sujeitas às flutuações da economia dirigida, pelos acertos e desacertos do Estado Social. Nessa espécie de limitação, temos como exemplos o inquilinato, os contratos imobiliários, contrato de turismo e o contrato de seguro (NETO LOBO, 1995).

Na limitação à liberdade de escolha do tipo contratual, estabelece-se rigidamente o tipo, para que determinadas relações se convertam em contrato, caracterizando-se como um tipo legal compulsório (NETO LOBO, 1990). Nessa espécie de limitação, a lei estabelece os tipos contratuais exclusivos em determinados setores, a exemplo dos contratos de licença ou cessão, no âmbito da lei de software, e dos contratos de parceria e arrendamento, no âmbito do direito agrário (NETO LOBO, 1995).

Ainda no âmbito do dirigismo contratual legislativo, há situações de proibição de contratar e contratos compulsórios, que são formas extremas de negação da liberdade de contratar. Na primeira hipótese, decorrente da natureza da intervenção do Estado Social, a economia dirigida leva à proibição de contratar, total ou parcialmente. Como exem-

plo, a proibição de exportar ou importar durante certo período. Na segunda hipótese, os indivíduos são obrigados a contratar, ocorrendo circunstâncias previstas em lei. Como exemplo, a obrigação do seguro de carro (NETO LOBO, 1990).

O dirigismo contratual na jurisprudência se manifesta especialmente nas hipóteses de restauração do equilíbrio contratual. Também as influências econômicas provocadas pelo estado social afetam o contrato nessa esfera (Idem, *ibidem*).

O dirigismo administrativo distribui-se de forma difusa por toda a Administração Pública, por meio de tabelamento ou controle de preços, resoluções, portarias. A Administração Pública também é responsável pela criação de condições gerais de contrato em determinadas atividades econômicas, que são dirigidas não só aos contratantes débeis, mas aos contratantes fornecedores de bens ou serviços (Idem, *ibidem*).

O dirigismo contratual não decorre apenas da interferência do Estado, mas também ocorre por intermédio da parte mais forte da relação contratual, que impõe condições às quais se vinculam e se obrigam as partes que necessitam dos bens ou serviços oferecidos. O dirigismo privado utiliza três formas de padronização contratual: o contrato de adesão, as condições gerais de contrato e o contrato concluído mediante módulos ou formulários (Idem, *ibidem*).

O Estado Social de Direito reclama cada vez mais uma efetiva solidariedade social ou justiça contratual. Nesse sentido, a tendência atual é a não-restrição dos Direitos Fundamentais a uma dimensão subjetiva individualista, mas lhe confere uma dimensão objetiva, que apresenta uma maior abrangência. A dimensão objetiva, a rigor, são os direitos a prestação, que pertencem à segunda geração, mas por ora é importante ressaltar esse aspecto, uma vez que representam uma forma de dar cumprimento aos direitos subjetivos de defesa.

Na matéria contratual da atualidade, o dirigismo contratual como decorrência da

sociedade de massas e do Estado Social reflete muito bem essa realidade por meio das novas formas contratuais que surgiram, cujas limitações contra opressões tanto da esfera privada quanto da pública vêm ao encontro dos anseios e em benefício de toda uma coletividade. Ex.: controle de preços, dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que protegem o contratante débil contra abusos do poder econômico.

Essa é certamente uma das funções da dignidade da pessoa humana, ou seja, a de impor limites para situações de desigualdade, abuso e violação dos Direitos Fundamentais, quando uma das partes precisa efetivamente de uma maior proteção. Faz-se necessária a imposição dos referidos limites para que a liberdade da outra parte também fique assegurada (contratante débil).

Outra função que cabe ao princípio da dignidade da pessoa humana é garantir um mínimo de liberdade para que a pessoa possa determinar com autonomia a sua vida e não fique sujeita ao arbítrio do Estado, pois a Constituição não proíbe, ao contrário, promove a livre iniciativa e o desenvolvimento econômico do país. E, para tanto, a liberdade contratual também precisa ser assegurada.

Portanto, sempre que o sentimento jurídico comunitário exigir, pode o legislador ou o juiz comprimir a liberdade individual, para fins de evitar situações de injustiça a que o abuso de liberdade conduz, e assim defender a liberdade e a dignidade dos outros homens (ANDRADE, 1998, p. 295).

Como se verá no próximo ponto, as entidades públicas e privadas são vinculadas aos Direitos Fundamentais, de forma que a tendência em todos os âmbitos é a busca do equilíbrio na relação unilateral com o Estado ou na relação bilateral entre as partes ou entes privados.

9. A eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada

Os direitos, liberdades e garantias vinculam as relações do particular com o Esta-

do, bem como as relações que os indivíduos estabelecem entre si. Assim, entidades Públicas e Privadas são vinculadas aos Direitos Fundamentais, para fins de ser assegurada a dignidade da pessoa humana e o respeito da liberdade de cada um com os demais.

A vinculação das entidades públicas é estendida a todas as entidades públicas, desde o legislador aos tribunais e à Administração, desde os órgãos do Estado aos órgãos regionais e locais, desde os entes da administração central até às entidades públicas autônomas. As formas de atuação podem-se dar por meio de leis, regulamentos, medidas administrativas ou judiciais (CANOTILHO, 1998, p. 401).

Os Direitos Fundamentais, apesar do caráter de indeterminabilidade, possuem força vinculativa imediata, tanto ao juiz como ao legislador. Mesmo desnecessária a intervenção legislativa, deve haver a análise da densidade do preceito constitucional, para fins de verificar a possibilidade da aplicação imediata (STUMM, 1995, p. 134).

Ao juiz civil se libera uma ampla aplicação imediata dos direitos fundamentais, devendo aplicar o direito de acordo com a Constituição e observar os Direitos Fundamentais como princípios objetivos na precisão dos conceitos indeterminados e cláusulas gerais (HESSE, 1995, p. 65). A vinculação traduz-se de duas maneiras: positiva e negativa. Positivamente pela via interpretativa, integração e aplicação de modo a conferir aos Direitos Fundamentais a máxima eficácia possível; e negativamente na não-aplicação de preceitos legais que não os respeitem, com os instrumentos e técnicas de apreciação da inconstitucionalidade material (MIRANDA, 1998, p. 284).

Ao legislador do direito privado constitucionalmente cabe a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em Direito imediatamente vinculante para os participantes em uma relação jurídico-privada. Uma regulação legal que concretize os pres-

supostos e os efeitos da influência dos direitos fundamentais conduz a uma maior regulação normativa, maior clareza, certeza e previsibilidade jurídicas que um recurso imediato aos direitos fundamentais, evitando-se com isso também os perigos da invasão do direito privado pelo direito constitucional. Nesse sentido, a intervenção do legislador vem ao encontro da tutela dos direitos fundamentais frente a lesões e perigos procedentes do âmbito estatal, cabendo à Lei, então, delimitar a liberdade de uns frente à liberdade de outros (HESSE, 1995, p. 65-66).

Nesse sentido, a eficácia dos Direitos Fundamentais no âmbito privado só se desenvolve por Lei. Parece tentador preterir o legislador e buscar uma eficácia imediata, mas a Lei outorga maior certeza e projeção aos Direitos Fundamentais (p. 19).

Também o legislador é vinculado de forma absoluta à Constituição, e a regulação legislativa deve estar de acordo com o disposto na Constituição (MIRANDA, 1998, p. 280). Por isso, apesar de regular a incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, não decide ele com plena liberdade, e, além da vinculação à Constituição, também há um amplo espaço dedicado aos juízes para definirem o alcance dos Direitos Fundamentais (HESSE, 1995, p. 21).

As várias administrações públicas (local, central, direta, indireta, autônoma e concessionária) estão vinculadas às normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias. Dessa maneira, a administração só deve executar leis constitucionais e deve interpretar e aplicar as leis de um como conforme os direitos, liberdades e garantias (CANOTILHO, 1998, p. 404-405). E a atividade vinculada a direitos, liberdades e garantias compreende a atividade de Direito Público (regulamentos, instruções, atos, contratos administrativos) e a atividade de Direito Privado das pessoas coletivas públicas (MIRANDA, 1998, p. 281).

No caso concreto, ao interpretar cláusulas gerais e conceitos indeterminados, a ad-

ministração deve ponderar todos os pontos de vista de interesse para os direitos, liberdades e garantias que na hipótese em análise são pertinentes (CANOTILHO, 1998, p. 405). Mas na vinculação da administração, a solução não é tão fácil de ser definida, pois, apesar de considerados nulos os atos ofensivos a direitos, liberdades e garantias que ofendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais, não é reconhecido à administração o poder de fiscalização da Constituição, no sentido da consideração da inconstitucionalidade de uma lei. Fica facultada apenas aos agentes da administração a realização às entidades hierarquicamente superiores de uma representação, no sentido de informar as consequências da aplicação das leis. Tais agentes não podem ser responsabilizados civilmente por violações de direitos, liberdades e garantias, pois a responsabilidade cabe ao Estado. Apenas em alguns casos se torna necessário deixar à administração uma margem de não-aplicação (MIRANDA, 1998, p. 282-283).

O sentido das normas de Direito Fundamental traz o seu caráter preceptivo e não programático, além da noção fundamental de que tais direitos se fundam na Constituição, devendo a lei mover-se no âmbito dos Direitos Fundamentais e não o contrário (p. 276).

A aplicabilidade direta significa uma normatividade qualificada, mas isso não quer dizer que os direitos, liberdades e garantias impliquem sempre, de forma automática, a sua transformação em direitos subjetivos, concretos e definitivos.

Se a norma constitucional for exequível por si mesma, há a possibilidade imediata da invocação dos direitos por força da Constituição, ainda que falte lei ou não seja suficiente, pois a regulação legislativa nada acrescentará de essencial, mas cria a certeza e a segurança para o estabelecimento de condições de exercício dos direitos, ou fixa a delimitação frente a outros direitos (p. 277). Mesmo desnecessária a intervenção legislativa, deve haver a análise da densidade

do preceito constitucional, para fins de verificar a possibilidade da aplicação imediata (STUMM, 1995, p. 134).

Não sendo exequível por si mesma, deverá o legislador editar medidas legislativas para dar cumprimento à Constituição (MIRANDA, 1998, p. 277).

No Estado Liberal de Direito, os direitos de defesa tinham a função de proteger o indivíduo das ingerências do Estado, porém, com o Estado Social de Direito, além do Estado ter as suas funções ampliadas, também a sociedade participa ativamente do exercício do poder, e a liberdade individual também se encontra ameaçada no âmbito dos detentores do poder social e econômico (SARLET, 1998, p. 335).

A Constituição brasileira não prevê de forma expressa a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, mas, apesar de não-expresso, não é só nas relações do particular com o Estado que devem ser respeitadas a dignidade da pessoa e a sua autonomia, mas também nas relações que os indivíduos entre si estabelecem (MIRANDA, 1998, p. 288).

No âmbito das limitações, deve haver sempre a busca pelo equilíbrio, a fim de que não haja agressões às liberdades capazes de atentar contra o conteúdo da dignidade da pessoa humana, e, ao mesmo tempo, deve haver a preservação, em alguma medida, da autonomia privada ou liberdade negocial (SARLET, 1998, p. 336).

Na vinculação das entidades privadas, os direitos, liberdades e garantias são projetados ou podem-se projetar nas relações bilaterais por meio da chamada eficácia horizontal ou perante terceiros. Surgem duas teses no que se refere às relações privadas: a relevância mediata e a relevância imediata. Pela primeira, somente por meio de uma transformação em normas de direito civil podem os preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias obrigar as pessoas nas relações jurídico-privadas e só por intermédio da sua irradiação sobre os conceitos indeterminados ou as cláusulas

gerais podem os conceitos tornarem-se operativos. Para a segunda tese, tudo se reconduz à dialética liberdade/poder: se for um grupo ou uma entidade privada dominante, os direitos, liberdades e garantias deverão valer de modo absoluto; e nos outros casos poderá haver graus de vinculatividade (MIRANDA, 1998, p. 288).

Nesse contexto, estabelecem-se duas relações distintas: as relações entre o indivíduo e os detentores do poder social; e as relações entre particulares em geral, situadas fora das relações de poder. No primeiro caso, há a possibilidade de se transportarem diretamente os princípios relativos à eficácia vinculante dos Direitos Fundamentais para a esfera privada, uma vez que se cuida de relações desiguais de poder. No segundo caso, quando se trata de relações entre iguais, há as seguintes situações: no âmbito da perspectiva jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais, Estado e particulares se encontram vinculados a um dever geral de respeito, situação identificada como eficácia externa dos Direitos Fundamentais; e para particulares em situação de igualdade, deverá prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos Direitos Fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana não estiver sob ameaça (SARLET, 1998, p. 37-38).

Nas relações entre particulares, para além da vinculação das entidades dotadas de algum poder social e afora as hipóteses excepcionadas, é possível sustentar ao menos uma eficácia mediata (ou indireta) dos Direitos Fundamentais, também chamada eficácia irradiante (p. 39).

O entendimento do autor português Canotilho, no tocante à eficácia dos direitos, liberdades e garantias, na ordem jurídico-privada, é no sentido de uma superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de soluções diferenciadas.

“Estas soluções diferenciadas (Hesse) a encontrar não podem hoje desprezar o valor dos direitos, liber-

dades e garantias como elementos de eficácia conformadora imediata do direito privado. Estas soluções diferenciadas pretendem ter em conta a multiplicidade de relações jurídicas privadas e o diverso conteúdo destas mesmas relações, mas, de modo algum, podem servir para dar cobertura a uma 'dupla ética no seio da sociedade'" (CANOTILHO, 1998, p. 1159).

Da análise das possibilidades existentes, entre a eficácia indireta, também chamada irradiante, em que há a atuação do legislador, e a eficácia direta, a posição considerada mais correta é aquela que corresponde à eficácia direta, mas não uma eficácia direta igual, e sim diferenciada conforme o caso.

10. A concretização dos direitos fundamentais por meio do princípio da proporcionalidade

Na perspectiva de uma nova e mais sólida teoria dos valores, vislumbra-se na proporcionalidade não somente um critério de contenção do arbítrio do poder e salvaguarda da liberdade, mas também, em nível hermenêutico, um mecanismo de controle para solver, via conciliatória, problemas derivados de uma colisão de princípios, sobretudo no tocante à interpretação dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 1998, p. 587).

A colisão é decorrência da diferença de idéias que pode ocorrer entre direitos ou entre direitos e valores, veiculados mediante princípios e normas, pois somente um bem jurídico constitucionalmente protegido pode colidir com direito ou princípio.

Para a aferição dos limites da expansão de eficácia dos direitos fundamentais, são de certo modo desconhecidos e incertos, devendo-se recorrer a um instrumento de concretização dos direitos fundamentais apto a harmonizar, tanto quanto possível, princípios e interesses, que já não são apenas aqueles simplificados da relação Estado-in-

divíduo, típica da época liberal e de uma sociedade sem os altos níveis de complexidade da sociedade pós-industrial de nosso tempo (p. 588).

Também se percebe que na clássica versão do constitucionalismo predominava o conceito unilateral de liberdade, e, na atualidade, por influência do Estado Social, as garantias institucionais na forma de prestações do Estado passam a garantir as relações do indivíduo com o Estado.

A pluridimensionalidade, a par da plurifuncionalidade dos Direitos Fundamentais, não limitada ao subjetivismo do modelo liberal, fez com que os Direitos Fundamentais adquirissem com a dimensão objetiva uma validade universal, que não pertence nem ao direito público nem ao direito privado.

Da dimensão jurídico-objetiva surgem várias inovações como a irradiação e a propagação dos Direitos Fundamentais a toda esfera do Direito Privado; o desenvolvimento da eficácia em relação a terceiros; elaboração do conceito de concretização, de grau constitucional; o princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica concretizante.

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, desdobra-se em três elementos: 1. princípio da conformidade ou da adequação dos meios; 2. princípio da necessidade – a idéia subjacente ao princípio é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o menos possível; 3. princípio da proporcionalidade em sentido estrito – confunde-se com a lei de ponderação e decorre da análise do espaço de discricionariedade semântica (plurissignificação, vaguidade, porosidade, ambiguidades, fórmulas vazias) presente no sistema jurídico (STUMM, 1995, p. 80).

O conceito da concretização, inspirado na teoria material dos valores, é utilizado na interpretação dos Direitos Fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional.

A concretização dos direitos fundamentais está atada ao princípio da proporcio-

nalidade, em razão do caráter principiológico das normas que os contemplam (BARROS, 1996, p. 156). A técnica concretizadora é uma técnica que não se limita à subsunção, mas que leva a uma compreensão pelo intérprete do conteúdo da norma que vai concretizar, conferindo sentido à norma. Na perspectiva da concretização, os conteúdos constitucionais são aperfeiçoados e muitas vezes até é deixado de lado o teor literal da Constituição.

A importância do caráter principiológico das normas de Direitos Fundamentais é decorrente do fato de dele surgir a otimização do seu conteúdo, por meio da verificação dos efeitos no caso concreto. A solução se dá no caso concreto, pois é esse o momento em que os princípios revelam diferentes pesos. Também do caráter principiológico resulta que não só os direitos fundamentais são passíveis de restrição, mas também as restrições podem sofrer limitações (p. 258).

Para a identificação de qual dos princípios possui maior peso, entra a questão da ponderação. A “ponderação de resultados é um método de desenvolvimento do Direito, sendo que a elaboração do princípio da proporcionalidade surge justamente da racionalização de soluções concretas para o conflito de direitos e bens, como se evidencia na prática jurisprudencial” (STUMM, 1995, p. 77-78). A ponderação pode ser fundamentada tanto em princípios de direito fundamental como em princípios do Estado de Direito, ou na “prática jurisprudencial ou no conceito de justiça” (p. 82).

Tal método da ponderação de bens é utilizado para solucionar conflitos gerados entre direitos fundamentais e princípios constitucionais, que entrem em colisão no caso concreto (p. 86). No juízo de ponderação, o objetivo é alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins, de modo que o meios legais restritivos e os fins alcançados se situam numa justa medida (p. 81).

As colisões de princípios podem ser solucionadas mediante o estabelecimento de relação de precedência ou preferência. Essa

relação de preferência de um direito em relação ao outro só pode ser avaliada no caso concreto, por meio de um juízo de ponderação. As valorizações de preferência podem-se dar em nível legislativo ou advir da construção judicial de uma regra concreta das certas circunstâncias (p. 77).

Quando da aplicação dos Direitos Fundamentais, tanto o legislador quanto o intérprete devem proceder a uma ponderação de valores, sejam eles determinados ou indeterminados em nível constitucional. Mas a indeterminabilidade dos Direitos Fundamentais deixa ao legislador um espaço maior para a ponderação do que ao intérprete-aplicador, pois a decisão do legislador fica limitada pela Constituição e pelos princípios do Estado de direito, ao passo que a do juiz é limitada por toda ordem jurídica, em especial pelos valores reconhecidos pelo ordenamento (p. 134).

Uma decisão da jurisprudência brasileira (STF) demonstra a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo: no RE 18.331, relatado pelo Ministro Ozimbo Nonato, de 21 de setembro de 1951, houve o reconhecimento da inconstitucionalidade de medida restritiva pelo excesso de poder de taxar, ponderando que o poder de taxar não pode chegar ao ponto do poder de destruir, uma vez que aquele só poderia ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade do trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade (p. 89).

O princípio da proporcionalidade, como princípio jurídico geral fundamental, pode ser expresso ou implícito à Constituição. Na nossa Constituição ele não aparece expresso, mas tem condições de ser exigido em decorrência da sua natureza. Possui uma função negativa, quando limita a atuação dos órgãos estatais, e uma função positiva de obediência aos seus respectivos conteúdos (p. 121-122).

O princípio da proporcionalidade visa, em última análise, à preservação do espaço do indivíduo, partícipe responsável da co-

munidade estatal. Nesse sentido, têm os direitos fundamentais destacado papel na propulsão e acomodação dos anseios sociais sob o âmbito da Constituição (p. 122).

11. Conclusão

A nossa Constituição não traz um catálogo taxativo de Direitos Fundamentais, mais do que isso, amplia a possibilidade de outros Direitos Fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Dessa abertura do texto constitucional, a doutrina estrangeira e brasileira é no sentido de elevar a liberdade contratual à categoria de Direito Fundamental, apesar de não compor o catálogo dos clássicos Direitos Fundamentais ou aparecer de algum modo na Constituição como tal.

As doutrina alemã e portuguesa fundamentam a liberdade contratual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a partir do qual deve ser preservada ao máximo a liberdade e autonomia da pessoa contra as ingerências injustificadas e desproporcionais do Estado, na esfera individual da pessoa.

A nossa doutrina parte do princípio da dignidade da pessoa humana como forma de justificar a liberdade contratual como Direito Fundamental, para fins de assegurar à pessoa o mínimo de dignidade necessária, quando da ingerência ou limitação por parte das entidades públicas ou privadas. Há que ressaltar o duplo papel do princípio da dignidade da pessoa humana, pois a limitação pode ser no sentido de coibir abusos da parte que mantém o poder, mas ao mesmo tempo beneficiar a coletividade com a mesma limitação.

Essa tendência certamente é de grande importância prática, na medida em que o contrato é um dos pilares básicos do Direito Civil, que precisa estar de acordo com a sociedade atual.

A realidade é que não mais estamos sob o modelo liberal de Estado e, sim, o modelo social, que, na tendência de uma maior jus-

tiça entre as partes contratantes, confere ao contratante mais fraco uma maior proteção jurídica. Daí decorre todo o dirigismo contratual que hoje limita consideravelmente a liberdade contratual.

Mas é necessário que a limitação tenha uma justa medida no caso concreto, por meio da concretização dos Direitos Fundamentais e da ponderação, para que, ao final, sejam preservados ao máximo ambos os direitos ou princípios constitucionalmente assegurados. Nesse processo, o princípio da proporcionalidade tem um papel fundamental.

Um dos aspectos da maior importância neste estudo é o da eficácia, que apresenta basicamente as duas formas clássicas, que são a forma direta e a indireta. Nenhuma das duas formas está completamente errada, mas há uma tendência no sentido de considerar a eficácia direta diferenciada como a forma mais correta na atualidade.

Portanto, o presente estudo certamente tem uma relevância muito grande, pois apresenta o material contratual dentro de uma perspectiva constitucional, o que certamente contribui para um aperfeiçoamento do direito e traz a perspectiva de uma maior preocupação com os valores existenciais e patrimoniais, numa constante busca de meios que visam a uma maior solidariedade social, igualdade real e justiça social.

Notas

¹ Como otros criterios de distinción se discuten la "determinabilidad da los casos de aplicación", la forma de su génesis - por exemplo, la distinción entre normas "creadas" y "desarrolladas" - el carácter explícito del contenido valorativo, la referencia a la idea del derecho o a una ley jurídica suprema y la importancia para el ordenamiento jurídico (ALEXY, 1997, p. 152).

² Con la ayuda de la ley de colisión, se precisó la conexión entre las normas iusfundamentales como principios y las reglas iusfundamentales referidas a decisiones: las condiciones bajo las cuales un principio precede a outro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente (ALEXY, 1997, p. 115-116).

³ Las reglas surgen de la de determinación de condiciones de precedencia, como resultados de poderaciones. Como en un modelo de este tipo las reglas dependen totalmente de los principios, puede ser llamado "modelo puro de principios" (ALEXY, 1997, p. 116).

⁴ (1) La dignidad de la persona debe ser respetada y protegida.

(2) Si no vale el principio de la libertad negativa, la dignidad de la persona no es respetada y protegida.

(3) Debe valer el principio de la libertad negativa.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. *O Direito*, ano 126, v. I-III, p. 63-81, 1994. (Separata)

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites (Nota prévia). In: _____. *Para uma teoria geral da relação jurídica civil*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. *Revista Jurisprudência Brasileira*, Curitiba, v. 172, p. 45-50, 1994.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. *Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro*. *Revista de Direito Civil da RT*, São Paulo, n. 59, p. 19-38, jan./mar. 1992.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 4.

NERY JÚNIOR, Nelson et al. Da proteção contratual. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

NETO LÔBO, Paulo Luiz. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, n. 722, p. 40-45, dez. 95.

_____. Dirigismo contratual. *Revista de Direito Civil da RT*. São Paulo, n. 52, p. 64-78, abr./ jun. 1990.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, [s.d.].

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: uma introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil da RT*, São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul./ set. 1993.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.