

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

ALEXIS MENDONÇA CAVICHINI TEIXEIRA DE SIQUEIRA

**ADEQUAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO AO DIREITO CIVIL EM UMA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

BRASÍLIA

2023

ALEXIS MENDONÇA CAVICHINI TEIXEIRA DE SIQUEIRA

**ADEQUAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO AO DIREITO CIVIL EM UMA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do professor Doutor Rodrigo Portela Gomes apresentado para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2023

ALEXIS MENDONÇA CAVICHINI TEIXEIRA DE SIQUEIRA

**ADEQUAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO AO DIREITO CIVIL EM UMA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em
Direito do IDP, como requisito para obtenção do
título de Mestre em Direito

Data da defesa: 01 / 06 / 2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Rodrigo Portela Gomes

Profa. Doutora Marília de Ávila e Silva Sampaio

Prof. Doutor Atalá Correia

Prof. Doutor Andreu Wilson Pereira Leandro

AGRADECIMENTOS

Agradeço em especial ao professor orientador Rodrigo Portela Gomes, bem como à minha família, por todo apoio à minha vida acadêmica. Agradeço também a todos os membros da banca de defesa por suas contribuições e sugestões.

RESUMO

O presente estudo pretende responder a seguinte indagação: “Como é possível maximizar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, utilizando-se da ponderação, sem perda da segurança jurídica?”. Com isso, espera-se contribuir com o campo civil-constitucional, refletindo as implicações à segurança jurídica dos particulares diante de decisões judiciais que se fundamentam na teoria da ponderação, conforme proposta por Robert Alexy. Para chegar ao objetivo geral do trabalho, foi determinada a problemática acerca da aplicação dos princípios no direito civil, avaliados os influxos do direito constitucional na interpretação deste ramo do direito, verificado como ocorre a aplicação da teoria da ponderação neste âmbito, e, finalmente, traçadas regras interpretativas que delimitam a aplicação da teoria da ponderação no direito civil. Propõe-se então duas adequações a teoria da ponderação, na forma proposta por Robert Alexy: Um juízo prévio a respeito da necessidade de utilização da ponderação, tomando-se por base a ideia de constituição como moldura de Ernst-Wolfgang Böckenförde e uma mudança na fórmula do peso na ponderação, prestigiando a solução que mais se adeque a boa-fé.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Direitos fundamentais. Teoria da ponderação. Direito civil.

ABSTRACT

The present study intends to answer the following question: “How is it possible to maximize the application of fundamental rights in private relationships, using weighting, without loss of legal certainty?”. With this, it is expected to contribute to the civil-constitutional field, reflecting the implications for the legal security of individuals in the face of judicial decisions that are based on the theory of balancing, as proposed by Robert Alexy. In order to reach the general objective of the work, the problem concerning the application of principles in civil law was determined, the influxes of constitutional law in the interpretation of this branch of law were evaluated, verified how the application of the theory of weighting in this scope occurs, and, finally, interpretive rules are outlined that delimit the application of the theory of weighting in civil law. Two adjustments are then proposed to the theory of weighting, in the form proposed by Robert Alexy: A prior judgment regarding the need to use weighting, based on the idea of constitution as a frame from Ernst-Wolfgang Böckenförde and a change in the weight formula in weighting , honoring the solution that best suits good faith.

Keywords: constitutional principles. Fundamental rights. Weighting theory. Civil law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 OS PRINCÍPIOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO	13
1.1 Da supremacia constitucional e a função dos princípios	13
1.1.1 A relevância dos Princípios Constitucionais	15
1.1.2 A evolução do entendimento a respeito da função dos princípios.....	18
1.1.3 Princípios e regras na visão de Robert Alexy	20
1.2 Os princípios como direitos fundamentais.....	22
1.3 Considerações sobre as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.....	26
1.4 As colisões entre direitos fundamentais dentro do contexto da teoria dos limites dos limites	28
1.5 Direitos fundamentais no contexto das teorias da argumentação jurídica	31
2 As relações de direito civil e os influxos do direito constitucional	35
2.1 A codificação do direito civil.....	35
2.2 A segurança jurídica e o direito privado.....	37
2.3 A influência dos direitos fundamentais sobre institutos de direito civil (família, propriedade, contratos e sucessão)	38
2.3.1 Da aplicabilidade Horizontal do direito constitucional.....	38
2.3.2 Direito de Família.....	42
2.3.3 Direito de propriedade.....	43
2.3.4 O direito contratual.....	45
2.3.5 O Direito das sucessões	48
2.4 Inaplicabilidade, aplicabilidade indireta e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas	49
2.4.1 Inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas	50
2.4.2 Aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas	51
2.4.3 Aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas	53
3 TEORIA DA PONDERAÇÃO	55
3.1 A ponderação no contexto da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy	55
3.2 O modelo de ponderação proposto por Robert Alexy.....	63
3.2.1. A colisão de direitos fundamentais.....	66
3.3 A proporcionalidade	70
3.3.1 A adequação	71

3.3.2 A necessidade.....	72
3.3.3 A proporcionalidade em sentido estrito	74
3.3.4 Da necessidade de um procedimento decisório transparente para os casos difíceis	75
3.4 Aplicação da ponderação na jurisprudência brasileira	76
4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL	80
4.1 A segurança jurídica necessária ao direito civil x indeterminação gerada pela ponderação de valores	80
4.2 A Constituição como moldura	90
4.3 Uma proposta de adequação	93
4.3.1 A determinação da (não) utilização da teoria da ponderação para a resolução do caso concreto	95
4.3.2 A mudança na fórmula do peso da teoria da ponderação nos casos envolvendo direito civil	97
5 CONCLUSÕES	100
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103

INTRODUÇÃO

A Constituição é o epicentro do ordenamento jurídico, e, dessa forma, todas as normas inferiores devem ser interpretadas conforme os valores inscritos no texto maior. O direito civil não foge de tal afirmativa, e também, contemporaneamente, deve ser interpretado a partir das normas constitucionais.

A incidência dos princípios fundamentais da Constituição no direito civil, é, portanto, um dado inexorável e pode-se dizer até mesmo que existe consenso na doutrina a esse respeito (SARLET, 2018, p. 400).

No entanto, a incidência de tais princípios fundamentais deve ser interpretada de maneira a, de um lado, concretizar os direitos fundamentais, e, de outro, permitir uma grande previsibilidade jurídica e determinação das normas (HESSE apud RODRIGUES JR, 2019, p. 557), que são preceitos próprios da segurança jurídica. Importante consignar que a segurança jurídica se encontra protegida constitucionalmente.

A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, quando existem dúvidas quanto da solução cabível, é resolvida via ponderação de valores (GONET BRANCO, 2009, p. 285). Dessa forma, existe a necessidade de se delimitar e adequar a teoria da ponderação para seu uso no direito civil, de maneira a maximizar a aplicação dos direitos fundamentais sem a perda da segurança jurídica.

A segurança jurídica é tutelada pela Constituição Federal de 1988 de forma “ampla e substantiva” (FURTADO COELHO, 2015, p. 112), de maneira que sempre deve ser levada em conta quando da aplicação da norma por parte do intérprete.

Os direitos fundamentais têm alta importância no ordenamento jurídico e diversas questões complexas surgem da colisão entre os diversos direitos fundamentais, incluindo nestes direitos não explicitamente dispostos na Constituição.

As normas constitucionais não podem ser interpretadas de maneira isolada, mas sim como parte de todo um sistema jurídico. Tais normas possuem grande importância para a integração e interpretação coerente do sistema.

O sistema jurídico, por certo, é uno. No entanto, isso não impede que estejam representados valores distintos na Constituição brasileira. A sociedade brasileira, como um todo, foi chamada para participar deste grande momento democrático de refundação do Estado por meio de seus representantes e, por isso, se encontrava

representada quando do poder constituinte originário. Assim, é natural que diversas tendências muitas vezes opostas e colidentes estejam plasmadas no texto maior.

Percebe-se então que a Constituição Federal assegura diversos direitos e possui garantias fundamentais que podem eventualmente ser contraditórias, e acabar por se chocar.

Os direitos fundamentais são normas hierarquicamente superiores às normas de direito civil, uma vez que são extraídas diretamente do texto constitucional. Porém, esse não é seu único uso hermenêutico.

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos como princípios, e, portanto, seria o caso da aplicação da ponderação quando do choque desses princípios, levando-se em conta os subprincípios relacionados da adequação, proporcionalidade em sentido estrito e necessidade.

Dentro dessa ideia, encontra-se a teoria da ponderação de Robert Alexy, que tem sido usada com bastante frequência como metodologia jurídica para a solução de casos difíceis (*hard cases*). A teoria da ponderação é um dos caminhos teóricos adequados para se enfrentar o problema da interpretação jurídica, não sendo o único, no entanto.

O presente trabalho irá analisar o tema da ponderação sob o prisma do direito civil e da segurança jurídica esperada por ele.

O direito civil sempre primou pela boa-fé daqueles que tomam parte de uma relação obrigacional. Estes, por sua vez, esperam que a obrigação que foi positivada em lei ou no contrato será efetivamente cumprida. No entanto, com a utilização da teoria da ponderação, isso nem sempre ocorre, uma vez que os princípios, por terem tessitura aberta, permitem maior flexibilidade na decisão.

Assim, a escolha do tema se justifica pela necessidade de se delimitar a aplicação dos direitos fundamentais diante da autonomia privada nas relações entre particulares, quando da utilização da teoria da ponderação.

O problema de pesquisa posto em forma de pergunta é: “Como é possível maximizar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, utilizando-se da ponderação, sem perda da segurança jurídica?”.

Buscar-se-á responder se a utilização da teoria da ponderação como proposta por Robert Alexy se compatibiliza com a dinâmica do direito civil, assim como serão delimitados pressupostos de sua utilização. Para desvendar essa indagação, analisa-

se a teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy em conjunto com as contribuições do campo civil que discutem essa aplicação teórica.

Assim, para se atingir a resposta da pergunta de pesquisa, chegamos ao objetivo geral, que é adequar a utilização da teoria da ponderação no direito civil, de maneira a maximizar a aplicação dos direitos fundamentais, mas sem perda da segurança jurídica.

Os objetivos específicos são: determinar a problemática acerca da aplicação dos princípios no direito civil; avaliar os influxos do direito constitucional na interpretação deste ramo do direito; verificar como ocorre a aplicação da teoria da ponderação neste âmbito e traçar regras interpretativas que delimitam a aplicação da teoria da ponderação no direito civil.

O presente trabalho se utiliza da vertente metodológica jurídico-teórica, uma vez que “acentua os aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários do campo que se deseja investigar” (GUSTIN; DIAS, 2002, p. 42). Elegeu-se o método dedutivo para a pesquisa, que parte de dados particulares para se chegar a conclusões gerais (MARCONI, 2001, p. 18). A investigação produzida é do tipo jurídico-propositivo (GUSTIN; DIAS, 2002, p. 50) uma vez que se questiona a teoria da ponderação na forma como proposta por Robert Alexy com fito de se propor mudanças.

Partiu-se da hipótese de trabalho de que a teoria da ponderação deve sofrer adequações para seu uso no direito civil, de maneira a prestigiar a segurança jurídica.

Os capítulos do presente trabalho são desenvolvidos de maneira sequencial, atingindo a cada um dos objetivos específicos do trabalho, de forma a alcançarmos nosso objetivo geral e respondermos o problema de pesquisa.

O primeiro capítulo trata dos princípios e os direitos fundamentais na constituição. A importância desse capítulo é bastante grande, uma vez que como se pretende chegar ao objetivo geral do trabalho, inicialmente devemos compreender como se dá a aplicação dos princípios, sendo esta a base da teoria estudada.

O capítulo seguinte trata das relações privadas e os influxos do direito constitucional. Esse capítulo irá analisar as relações entre o constitucionalismo atual e a forma contemporânea de se compreender o direito civil.

Após, o terceiro capítulo irá estudar de forma aprofundada a teoria da ponderação de Robert Alexy Tal estudo será feito de forma a demonstrar o estado da arte da matéria. Nesse capítulo, a estrutura da teoria da ponderação será dissecada,

explicando-se passo a passo como é realizada a hermenêutica jurídica na ponderação de valores conforme idealizada pelo seu criador.

Prosseguindo em nosso trabalho, o quarto capítulo irá tratar da aplicação da teoria da ponderação no direito civil, analisando a ideia de constituição como moldura de Ernst-Wolfgang Böckenförde. Aqui serão tratadas as consequências da teoria da ponderação na segurança jurídica e na interpretação deste ramo do direito. Além disso, será feita uma proposta de adequação da teoria da ponderação ao direito civil, de maneira que os preceitos constitucionais sejam maximizados, mas sem a perda da milenar segurança jurídica.

1 OS PRINCÍPIOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO

O presente capítulo possui por objetivo compreender o que são os princípios na teoria do direito, bem como o seu papel no paradigma do Estado democrático de direito. Esse recorte que sai de um espectro mais geral (princípios na teoria do direito) até uma dimensão mais específica (o papel dos princípios no paradigma constitucional), cria um percurso com resultado importante para a próxima etapa da dissertação.

1.1 Da supremacia constitucional e a função dos princípios

O constitucionalismo no Brasil percorreu longo caminho até chegar à sua modelagem atual. Diversas foram as constituições adotadas no Brasil, desde a sua primeira, datada de 1824. A constituição imperial, inspirada na constituição monárquica de 1814 dos Bourbon (FIGUEIREDO NETO, 2021, p. 22) não possuía nenhum sistema de controle de constitucionalidade e era semirrígida, ou seja, parte dela poderia ser alterada da mesma forma como se altera uma lei ordinária. (FERNANDES, 2022, p. 203).

No entanto, após diversas experiências constitucionais, chegamos à atual Constituição Federal Brasileira. Ela se encontra no topo do sistema de hierarquia das normas. Por conta disso, as normas de escalão inferior deverão obedecer aos preceitos da Constituição, da mesma forma que um decreto regulamentador deverá obedecer àquilo que se encontra posto na lei da qual retira a sua validade.

Uma Constituição que possui patamar superior às leis ordinárias é classificada como rígida. Nesse tipo de Constituição, para sua alteração, é exigido um processo mais dificultoso que aquele necessário para a criação de leis.

Por outro lado, no caso de Constituições flexíveis, ela pode ser modificada pelo mesmo processo no qual se criam leis. No entanto, como observado, esse não é o caso da Constituição nacional:

O quórum exigido para a aprovação de emendas à constituição é substancialmente maior que o necessário para aprovar as demais proposições legislativas. Enquanto para as leis ordinárias basta o apoio da maioria dos votos dos presentes (maioria simples ou relativa), e para aprovar leis complementares exige-se a maioria do total dos membros da Casa (maioria absoluta, mais de 50% do total), as PECs só podem ser consideradas aprovadas se obtiverem pelo menos 3/5

(=60%) do total de votos dos membros da Casa em que se dá a votação (CAVALCANTE FILHO, 2022, p. 207).

Esse processo mais dificultoso de alteração da Constituição permite (ao menos teoricamente) uma maior estabilidade de seus preceitos, bem como uma maior reflexão pela sociedade quando da deliberação de uma proposta à sua alteração. Por se tratar de uma norma fundamental à sociedade, sua alteração, apesar de possível, deve ser efetuada com bastante cuidado.

Devido à importância que a constituição possui no ordenamento jurídico, bem como sua condição de superioridade, todas as leis e atos normativos devem estar compatibilizados com ela, tanto do ponto de vista formal quanto material. Assim:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma de escalão inferior tem seu fundamento na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem que se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior (KELSEN, 1998, p. 232).

A Constituição é a fonte maior do ordenamento jurídico e garante a estabilidade e organização do sistema legal, ao mesmo tempo que entrega força normativa a diversos valores sociais e morais. A superioridade constitucional no ápice do ordenamento jurídico garante a validade das demais normas jurídicas, que a ela são inferiores.

Logo, uma norma que esteja em desacordo com a Constituição não possui validade, pois não possui substrato que a justifique. Além disso, o texto constitucional é importante vetor de interpretação, pois “entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional” (LARENZ, 1983, p. 410).

Como pode ser facilmente constatado, a Constituição é documento de importância ímpar. De um lado, ela se encontra no ápice do ordenamento jurídico nacional, e todo conteúdo jurídico que for produzido lhe deve obediência. Por outro lado, é um documento que irá dar substrato às aspirações políticas nacionais, uma vez que ela declara os objetivos que deverão ser alcançados pela nação.

Claro que a forma de atingir esses objetivos é matéria da política do dia a dia, a ser discutido democraticamente. Porém, toda essa discussão democrática se dará dentro da moldura que a constituição delimitou para o legislador ordinário.

1.1.1 A relevância dos Princípios Constitucionais

Os princípios constitucionais atendem às necessidades e anseios populares quando da promulgação do texto. Tais princípios trazem o conteúdo básico das aspirações populares que deverão ser seguidos por todos os poderes quando da elaboração de leis, da administração da máquina pública e também do julgamento de casos trazidos ao judiciário. Assim, os princípios constitucionais vinculam toda a estrutura do Estado.

O Estado recebe uma formatação pela constituição, e a sua existência apenas se justifica na medida em que realiza os objetivos básicos traçados pela Constituição.

Hans Kelsen possui o entendimento de que o ordenamento jurídico teria sua unidade dada pela norma que está em seu ápice, ou seja, a Constituição, uma vez que “Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade dessas normas” (KELSEN, 1998, p. 228).

Nesse mesmo sentido, diz Daniel Sarmento:

Na verdade, os princípios constitucionais encarnam juridicamente os ideais de justiça de uma comunidade, escancarando a Constituição para uma “leitura moral”, pois é sobretudo através deles que se dará uma espécie de positivação constitucional dos valores do antigo direito natural, tornando impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da Constituição (SARMENTO, 2006, p. 58).

Dessa maneira, ao se introduzir princípios em uma Constituição, o legislador acaba por valorar com força de norma jurídica superior tais princípios, obrigando o intérprete da ordem jurídica a direcionar sua hermenêutica conforme tal ordem de valores estabelecida.

Na ordem constitucional estabelecida no Brasil em 1988, não houve economia de princípios jurídicos pelo legislador constituinte. Diversos princípios clássicos de direito foram erigidos ao status constitucional, bem como diversos outros, que raramente apareciam nas constituições oitocentistas.

O histórico constitucional brasileiro segue a tendência internacional. Antes, as Constituições tinham apenas uma intenção de garantir direitos. Hoje, as Constituições também possuem uma função de promover condições para tornarem efetivos os direitos que elas garantem:

Consideremos qualquer uma das constituições dos Estados pós-liberais, como a atual constituição italiana. Nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de tutelar (ou garantir). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou de garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover (BOBBIO, 2007, p. 13).

Nesse contexto, surge a carta constitucional de 1988, que é bastante prolixa, regulando um imenso feixe de relações e deferindo muitos direitos. Dessa forma, é possível extrair dela um grande número de princípios constitucionais que devem ser protegidos e observados por todos.

Os direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 têm uma abrangência material aberta, ou seja, não estão contidos em uma parte específica do texto, mas por toda a extensão das disposições constitucionais. Tal fato se depreende da literalidade do artigo 5º, § 2º da Constituição. Nesse sentido:

Por derradeiro, a já apontada não taxatividade (no sentido de uma abertura material) do catálogo de direitos fundamentais resulta inequivocamente, como bem lembrou Juarez Freitas, da circunstância de que o artigo 5º, § 2º da CF encerra uma autêntica norma geral inclusiva, impondo até mesmo o dever de uma interpretação sintonizada com o teor da declaração Universal dos direitos do homem, em que pese – e o registro é necessário – o fato de essa não ter as características de um tratado (convenção) internacional e, portanto, não poder ser tratada exatamente do mesmo modo[...] (SARLET, 2018, p. 84).

Percebemos que a Constituição Brasileira assegura uma proteção integral aos direitos nela resguardados. Não apenas direitos são resguardados materialmente, como também são incluídos na Constituição remédios constitucionais para o resguardo desses direitos. A liberdade de ir e vir, que é direito constitucional, possui proteção na própria constituição, a partir do direito ao *Habeas Corpus*.

A Constituição brasileira possui todo um catálogo de direitos garantidos a todos os cidadãos. Esses direitos não se encontram albergados apenas em seu famoso artigo 5º, mas por todo o texto constitucional.

Importante ressaltar que os direitos abrangidos pela atual carta constitucional brasileira não surgiram de uma criação totalmente originária do legislador constituinte. Tais direitos foram fruto de uma longa e persistente evolução, evolução essa que continua:

Em segundo lugar, os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história desses últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação em recentes declarações. (BOBBIO, 2022, p. 18).

Existe uma clara evolução do direito constitucional no sentido de abarcar cada vez mais um número maior de direitos. Enquanto as constituições liberais eram códigos que dispunham principalmente no sentido de preservar a individualidade e o direito de liberdade (CANOTILHO, 2003, p. 110) o constitucionalismo evoluiu, abrangendo também as demandas sociais.

O direito constitucional seguiu a demanda social presente em cada época. No século XVIII, data das revoluções liberais, a demanda social era o fim da desigualdade jurídica existente entre nobres, o clero e os plebeus. Portanto, existia um enfoque claro no direito de igualdade jurídica entre todos e na liberdade negocial para a burguesia ascendente. Com o passar do tempo, novas demandas sociais foram surgindo, e hoje há doutrina que defende que chegamos à quinta geração de direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2018a, p. 594).

Os direitos inscritos na Constituição que versem sobre direitos reconhecidos universalmente, como direitos humanos, são tidos como direitos fundamentais. A característica marcante dos direitos fundamentais é que “seu exercício não necessita de justificação face do Estado e de, pelo contrário, ser o Estado a ter de justificar sua limitação” (PIEROTH; SCHLINK, 2019, posição 1052, edição eletrônica Kindle).

Os direitos fundamentais são normas, ou seja, eles exigem obediência e observação e possuem caráter jurídico. Como normas que são, vinculam o julgador:

Também indiscutível se afigura a vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais. Dessa vinculação resulta para o judiciário não só o dever de guardar estrita observância aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também de assegurar a efetiva aplicação do direito, especialmente dos direitos fundamentais, seja nas relações entre particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre particulares (MENDES, 1998, p. 241).

Importante notar que as normas podem ser classificadas como regras ou como princípios. Os direitos fundamentais são utilizados, dentro de uma argumentação jurídica racional, como princípios.

A evolução do estudo jurídico passou a possibilitar uma maior efetividade para os princípios jurídicos. Em especial, na fase atual do estudo do direito — o neoconstitucionalismo — busca-se a plena efetividade dos princípios, com o objetivo de concretizá-los.

Dessa maneira, a Constituição deixa de ser uma mera carta de direitos a serem realizadas pelo legislador ordinário, um mero programa de governo para o futuro. Os direitos constitucionais passam a poder ser exigidos judicialmente.

O caráter dos direitos fundamentais como princípios é, na atualidade, muito bem estudado e entendido por meio de diversos estudos doutrinários, dentre eles os do jurista alemão Robert Alexy, que passaremos a abordar em tópico mais adiante do presente trabalho.

1.1.2 A evolução do entendimento a respeito da função dos princípios

A função dos princípios dentro do ordenamento jurídico se transformou ao longo dos anos. Primeiramente, os princípios, em especial os constitucionais, eram entendidos como desprovidos de caráter normativo e teriam, neste entender, um caráter meramente programático (BONAVIDES, 2018a, p. 263).

No entanto, com a natural evolução do direito, os princípios passaram posteriormente por uma fase jusnaturalista, na qual a ideia de sua normatividade era “basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa da ideia que inspira os postulados de justiça” (BONAVIDES, 2018a, p. 264-265). Dessa forma, os princípios teriam, nesta fase, uma função de convencimento do intérprete a respeito da justiça da decisão.

Após essa fase, o juspositivismo acaba por resgatar os princípios, dando a eles alguma força normativa, dentro da ideia de completude da legislação, como forma de impossibilitar um vazio normativo.

Os princípios passaram a ser entendidos como uma das formas de integração do direito, ou seja, de preenchimento de lacunas existentes no ordenamento jurídico. Bobbio, por exemplo, lista entre os procedimentos de autointegração do direito a recorrência aos princípios gerais (BOBBIO, 1995, p. 156).

Nesse quadrante, força normativa dos princípios seria bastante precária, sendo utilizada apenas e tão somente quando não existisse regra jurídica clara disposta pelo legislador para solucionar o caso em questão, dentro da perspectiva de subsunção do fato à norma.

Na fase atual do direito, o pós-positivismo, os princípios passaram a ser tratados como direito, lhes sendo atribuído força normativa própria (BONAVIDES, 2018a, p. 271). Dessa forma, uma obrigação legal pode ser imposta não apenas por uma regra jurídica positiva, como também por um princípio

Entre diversos doutrinadores que estudaram a força normativa dos princípios, encontra-se Ronald Dworkin. Dworkin foi o sucessor de Hart na cadeira de jurisprudência da Universidade de Oxford, e, fazendo jus a tal fato, inicia seus estudos a respeito das regras e dos princípios de onde seu antecessor havia parado (LEGALE, 2016, pp. 82-98).

Dworkin entende que as normas podem ser subdivididas entre princípios e regras. Para esse autor, ambas espécies se assemelham, pois estabelecem obrigações que devem ser seguidas, ou seja, obrigações de caráter jurídico.

Por outro lado, ainda segundo este autor, as regras são aplicadas ou não, conforme um modelo de “tudo ou nada”. Nas palavras do próprio: “Se os fatos que uma regra estipula ocorrem, então ou a regra é válida, e a solução de que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão” (DWORKIN, 2010, p. 39).

Já aos princípios jurídicos é atribuída a dimensão do peso, o que gera, evidentemente, consequências diversas. A respeito da dimensão do peso, Dworkin diz: “Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é” (DWORKIN, 2010, p. 43).

Quando se contrapõe um princípio a outro, o intérprete não deverá decidir qual deles será válido e qual será descartado. Os princípios continuam com sua validade intacta. Apenas deverá se resolver o conflito aplicando-se em maior (ou em menor) medida um princípio ou outro conforme o peso de cada um no caso concreto.

Por causa dessa visão atual a respeito da normatividade dos princípios é que é possível a elaboração de teorias como a de Robert Alexy, que parte da normatividade própria dos princípios para a resolução de casos, bem como de sua

dimensão de peso relativa ao caso concreto, visando sempre a maior efetividade de cada princípio conforme as condições concretas permitam.

Apesar do entendimento atual da normatividade própria dos princípios, eles continuam tendo sua função de integração e colmatação de lacunas jurídicas. Ou seja, os princípios não perderam suas funções tradicionais, apenas ganharam novas. A chamada *analogia juris* parte de diversos princípios que são comuns a mais de um instituto jurídico para conseguir chegar a uma solução “aos casos não direta e expressamente previstos pelos dispositivos legais” (FERRAZ JR, 2019, p. 267).

1.1.3 Princípios e regras na visão de Robert Alexy

A partir do entendimento atual a respeito da força normativa dos princípios e da importância dos direitos fundamentais, foram desenvolvidas teorias jurídicas com o objetivo de maximizar seus efeitos.

Os princípios podem tomar diversas feições quando aplicados no âmbito da hermenêutica jurídica. Eles podem ser utilizados, por exemplo, no auxílio do intérprete para a descoberta do sentido do texto jurídico.

Nesse sentido, aduz Jorge Miranda: “Os princípios admitem ou postulam desenvolvimentos, concretizações, densificações, realizações variáveis. Nem, por isso o operar jurídico pode deixar de os ter em conta [...] e de, em consequência, lhes dar o devido cumprimento” (MIRANDA, 2017, p. 267).

Apesar de todas essas funções dos princípios, existe uma função específica para eles no âmbito da teoria da ponderação. Para se compreender qual função, deve-se primeiramente entender, na visão neoconstitucionalista, que os princípios são uma espécie de norma. Porém, existe clara diferença entre estes e as regras. A respeito da diferença entre princípios e regras, Virgílio Afonso afirma:

Há autores que sustentam que entre regras e princípios há uma diferença de grau. A partir dessa ideia, há aqueles que sustentam que o que distingue ambos seria o grau de importância: princípios seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as regras seriam as normas que concretizam esses princípios. Há também aqueles que distinguem ambos a partir do grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e mais gerais que as regras. Outras classificações baseadas em gradações são possíveis (SILVA, 2011a, p. 44).

Segundo Robert Alexy os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização” (ALEXY, 2015a, p. 64)

Portanto, partindo-se dessa visão, tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas. Como normas que são, ambas possuem o caráter coercitivo do direito, de maneira que podem (e devem) compelir as pessoas a agirem em determinado sentido, distribuindo direitos e deveres na sociedade.

Sobre as regras, Alexy diz: “Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2015b, p. 91).

Para Alexy, portanto, existe uma diferença marcante entre princípios e regras. Os princípios jurídicos são aplicados na proporção da possibilidade jurídica e fática de sua utilização concreta. Eles devem ser otimizados, no sentido de que sua realização deve ser a maior possível.

A otimização de um princípio, ou seja, sua maior aplicação possível é obstada apenas pela colisão com outro princípio também aplicável no caso prático em análise. De qualquer maneira, na colisão, deve-se buscar que mesmo que um princípio tenha preponderância, o outro deverá ser utilizado na medida da possibilidade concreta.

Por sua vez, isso não se aplica às regras. As regras são interpretadas e aplicadas por meio da técnica tradicional da subsunção (ALEXY in TRIVISONNO; SALIBA; LOPES, 2018, p.4). A aplicação de uma regra necessariamente implica que a outra não irá ser aplicada, ou seja, que ela se encontra derogada pelo ordenamento jurídico em questão.

Por conta dessa distinção, pode-se dizer que os princípios possuem uma validade *prima facie*, o que não ocorre com as regras. Isso quer dizer que seus mandamentos podem ser afastados se existirem razões em sentido contrário que sejam mais relevantes para o caso concreto.

Diz Alexy:

A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas (ALEXY, 2015b, p. 104)

Uma vez que os direitos fundamentais são considerados princípios constitucionais, os mesmos devem ser aplicados na máxima extensão possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto que está sendo analisado.

A não aplicação de um direito fundamental (sendo utilizado como princípio) em um dado caso concreto, ou sua aplicação em um grau menor, não implica a sua derrogação. Apenas implica que naquele caso não poderia ser aplicado (ou que seria aplicado com menos força).

No entanto, no julgamento de outro caso concreto, aquele mesmo princípio que tinha sido aplicado tendo um peso menor no julgamento anterior poderá se sobressair e ser dado a ele um peso maior, aplicando-o, em consequência, com maior intensidade.

1.2 Os princípios como direitos fundamentais

Antes de mais nada, cabe conceituar o que é “princípio”. Sua definição etimológica já permite uma importante compreensão a respeito de seu conceito. Sobre a etimologia da palavra, muito bem afirma Ricardo Dip:

O vocábulo “princípio” advém do latim *principium, principii*, palavra latina neutra, cujo núcleo significante é o de origem, começo, primeiro lugar, primeira parte, primeiro posto, de que seguem as noções adjetas de supremacia, prioridade, primazia, superioridade e extensivamente (Enout-Meillet), as de chefe, autor, de onde vem que o primeiro do *Imperium* (romano) seja o príncipe, q que “o mais importante” seja o principal (DIP, 2017, p. 14).

Assim, percebe-se sempre uma noção de primazia e de início dentro do conceito de “princípio”. No direito, encontram-se diversos princípios, em todos os seus ramos. Apenas aqueles encontrados no texto constitucional poderão ter caráter de direito fundamental.

Os princípios constitucionais, serão, evidentemente, encontrados no âmago do próprio texto constitucional e deverão ser deduzidos pelo próprio intérprete. Ou seja, cabe a ele perceber que uma determinação constitucional possui o valor de princípio.

Os princípios constitucionais são tributários à ideia de generalidade própria do jusnaturalismo. Na modernidade, a obra de Francisco de Vitória, ainda no século XVI, remete à ideia de direito universal, que abarcaria a toda a humanidade: “Prova-se,

primeiramente, pelo direito das gentes, que esse é um direito natural (*ius naturale*) ou deriva do direito natural: ‘o que a razão natural constitui entre todas as gentes se chama direito das gentes’ (*institut. De iure naturali gentium*)” (VITÓRIA, 2016, p. 145).

Nos dizeres de Alexandre de Moraes:

A teoria jusnaturalista fundamenta os direitos humanos em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Por essa teoria, os direitos humanos fundamentais não são criação dos legisladores, tribunais ou juristas e conseqüentemente, não podem desaparecer da consciência dos homens (MORAES, 2021, p. 15).

As ideias jusnaturalistas de direito universal inspiraram sobremaneira as normas mais importantes que protegem o respeito da dignidade da pessoa humana. Apesar disso, não é todo o conteúdo de direito entendido como universal que pode ser considerado direito fundamental. Os direitos fundamentais possuem caráter de norma jurídica. Nesse sentido, aduz George Marmelstein:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, inicialmente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. Há cinco elementos básicos neste conceito: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação do poder, Constituição e democracia. Esses cinco elementos conjugados fornecem o conceito de direitos fundamentais. Se determinada norma jurídica tiver ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito como merecedora de uma proteção especial, é bastante provável que se esteja diante de um direito fundamental (MARMELESTEIN, 2019, pp. 18-19).

Corroborando com essa ideia, temos o “ensinamento de Robert Alexy, que também vê os direitos fundamentais essencialmente como direitos do homem transformados em direito positivo” (ZANINI; QUEIROZ, 2021, p. 47).

O legislador constituinte elencou no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 inúmeros princípios que podem ser considerados direitos fundamentais, uma vez que possuem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

A respeito de dignidade humana, muito bem diz Jorge Lavocat Galvão:

A dignidade humana é o conceito-chave para a compreensão da atual prática constitucional e a diretriz que justifica o desenvolvimento e as mudanças no direito constitucional. O Estado de Direito, como visto, enquadra-se na perspectiva do constitucionalismo em razão do modo

digno como os cidadãos submetidos são tratados (GALVÃO, 2014, posição 4851, edição eletrônica Kindle).

São várias as expressões usadas pela doutrina que definem os direitos fundamentais. Devido a tal diversificação, fica difícil conceituar tais direitos. No âmbito dos direitos fundamentais estão as condições de trabalho, a proteção das relações de consumo, a tutela do meio ambiente, entre outros, pois deles depende a posição do indivíduo na sociedade, então a tutela constitucional é em sentido lato. Porém, Gilmar Ferreira Mendes observa que nem sempre os preceitos constitucionais poderão ser aplicados de forma imediata:

Desde Rui Barbosa que se conhece, entre nós, a distinção entre normas que são e as que não são autoexecutáveis. Rui difundiu a doutrina norte-americana que cogita dos *self-executing provisions* e dos *not self-executing provisions*. As *self-executing* são as normas imediatamente aplicáveis, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos do que cogitam. As *not self-executing* dependem de elaboração de lei ordinária para que possam operar mais intensamente no plano das relações sociais.

Para o constitucionalismo atual, todas as normas constitucionais são executáveis por si mesmas, até onde possam sê-lo (MENDES; BRANCO, 2019, p. 69) (grifos no original).

Portanto, aos direitos fundamentais, como norma constitucional que são, deverá ser dado maior alcance possível, conforme as condições fáticas enfrentadas pelo intérprete. A interpretação jurídica atual é influenciada em grande medida pelos direitos fundamentais, conforme explicitam Bodo Pieroth e Bernhard Schlink:

Com o imperativo da interpretação conforme aos direitos fundamentais, estes direitos influenciam a interpretação e a aplicação da lei ordinária pelos tribunais e pela administração. O esforço metodologicamente correto da interpretação de uma disposição do direito ordinário permite a cada passo diversas interpretações; e quando estão em causa cláusulas gerais e conceitos indeterminados, a jurisprudência e a administração têm uma margem de interpretação especialmente ampla (PIEROTH; SCHLINK, 2019, posição 1052, edição eletrônica Kindle).

Os princípios constitucionais “podem ser classificados em fundamentais, gerais e setoriais. Os princípios constitucionais fundamentais expressam as decisões políticas mais importantes [...]” (BARROSO, 2022, p. 309).

Os princípios constitucionais fundamentais são, evidentemente, aqueles que podem ser extraídos dos direitos fundamentais. A concepção a respeito do que seja

um direito fundamental foi se alargando desde a Revolução Francesa, até os dias atuais.

Os direitos fundamentais eram, no estado liberal, apenas aqueles que garantiam a liberdade e a propriedade do cidadão diante do poderio do Estado. No entanto, a partir do Estado social, essa perspectiva foi se alterando e hoje se encontram abrigadas dentro do conceito de direitos fundamentais muitas das conquistas históricas logradas desde a Revolução Francesa até os dias de hoje.

Daniel Sarmiento, a esse respeito, diz: “Assim, com o passar do tempo, foi se consolidando a convicção de que, até para o efetivo desfrute dos direitos individuais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano” (SARMENTO, 2006, p. 17).

O Estado não pode, é certo, restringir excessivamente um direito individual. Porém, também viola um dever quando deixa de proteger um direito garantido:

Ou seja, tal como o dever estatal de respeito de um direito fundamental é violado quando o Estado restringe excessivamente o acesso individual a um bem jusfundamental, quando viola, portanto, o princípio da proibição do excesso (em qualquer de suas várias dimensões), também o dever estatal de proteção seria violado quando o Estado ficasse aquém da proteção constitucionalmente devida, quando infringisse, portanto, o princípio da proibição da insuficiência (NOVAIS, 2018, p. 261).

Percebe-se, portanto, que direitos fundamentais são direitos essenciais ao ser humano e implicam em garantias constitucionais que devem ser realizadas. Se antes a realização destes direitos fundamentais era no máximo mero conteúdo programático encartado em uma Constituição, hoje devem ser aplicados de imediato, constituindo uma verdadeira garantia de concretização dos valores tidos como mais caros quando da elaboração do texto maior.

A doutrina não tem um conceito unanimemente aceito de direito fundamental. Como em diversos campos do direito, existe uma grande zona cinza onde diversos autores expõem seus diferentes entendimentos. No entanto, para fins do presente trabalho, iremos apresentar algumas definições que servirão de base à construção de seus objetivos.

Uma primeira definição aqui apresentada é dada por Dimoulis e Martins:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado.

Sua finalidade essencial é limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2021, p. 61).

Os direitos fundamentais se encontram plasmados no texto constitucional. Porém, nem todo direito constitucionalmente protegido pode ser classificado como direito fundamental. Existe um requisito adicional, para além estar consignado na Constituição.

Para que um direito seja assim classificado, para que tenha esse *status* especial, é necessário que faça referência à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, tais direitos “[...] podem – em princípio e ainda de modo e intensidade variáveis -, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana [...]” (SARLET, 2008, p. 63).

Os direitos fundamentais são direitos resguardados pelo texto constitucional e, ao mesmo tempo, estão ligados à dignidade da pessoa humana, conceito esse bastante aberto, alvo de longa construção histórica e atingindo a partir de diversas lutas sociais.

Com a conjunção desses dois fatores, conseguimos chegar a uma noção deste conceito, a ser utilizada no restante no trabalho.

Portanto, para o restante do presente trabalho, iremos entender os direitos fundamentais como direitos constitucionalmente resguardados e que sejam, ao mesmo tempo, ligados à construção histórica do conceito de dignidade da pessoa humana.

1.3 Considerações sobre as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais

As normas podem produzir efeitos perante o direito e perante a sociedade. Com isso, se classifica a sua eficácia. A eficácia perante o direito, chamada de “jurídica”, é aquela que produz efeitos dentro do ordenamento jurídico. Já a eficácia social é aquela gerada dentro do seio de determinada sociedade. Ou seja, sobre a aplicação real (ou falta de) da norma nas relações sociais. Dessa forma:

Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações

concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam. Embora não aplicada em casos concretos, é aplicável juridicamente no sentido negativo antes apontado. Isto é: retira a eficácia da normatividade anterior. É eficaz juridicamente, embora não tenha sido aplicada concretamente (TEMER, 2019, p. 25).

Evidentemente, a norma é uma “proposição vinculante, que tem caráter impositivo” (FERRAZ JR, 2019, p. 87). No entanto, mesmo que uma norma esteja perfeita do ponto jurídico, se ela será aplicada no seio da sociedade, é algo que deverá ser investigado à parte.

Assim, até uma previsão expressa e inequívoca no texto constitucional determinando a aplicação imediata de uma norma deve ser, de alguma maneira, materializada no mundo fático. Não basta uma previsão jurídica. Sua aplicação deve ser concreta, sob pena da determinação constitucional não ter a relevância social necessária.

Certas previsões constitucionais necessitam de regulamentação infraconstitucional. É nesse sentido que encontramos a previsão contida no inciso XXXII do artigo 5º, que dispõe que a defesa do consumidor será promovida “na forma da lei”.

Essa disposição constitucional citada já produz eficácia jurídica. A eficácia de determinar uma ação positiva por parte do legislador ordinário, para que esse efetivamente proteja o consumidor. No entanto, evidentemente, para uma aplicação desse dispositivo em toda sua potencialidade, existirá a necessidade de uma regulamentação por parte do legislador.

Dessa forma:

Um texto legal não produz efeitos sozinho. Textos concisos, com enorme carga valorativa, que em muitos casos pretendem não simplesmente estabelecer regras de conduta, mas definir um caminho a ser seguido, uma realidade a ser transformada, produzem ainda menos efeitos por si próprios. É o que acontece com boa parte dos dispositivos de uma constituição (SILVA, 2021, p. 61).

Apesar disso, devemos levar em conta o artigo 5º, § 1º da Constituição. Tal parágrafo possui a seguinte redação: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Essa norma é de importância fundamental para o direito brasileiro, espancando qualquer dúvida a respeito da aplicabilidade (ou não) direta das normas que regulamentam direitos fundamentais trazidas no bojo do texto constitucional.

Essa previsão não é exclusividade do direito brasileiro. Na Constituição alemã existe dispositivo semelhante. O “artigo 1º, n 3, da LF, segundo cuja letra os direitos fundamentais vinculam “como direito imediatamente vigente” não apenas o legislador, mas também os órgãos jurisdicionais” (CANARIS, 2016, p. 39).

Dessa forma, a norma garantidora de direitos fundamentais já possui aplicação direta independente de regulamentação do legislador. Porém, para sua total eficácia no seio da sociedade, sempre haverá a dependência de ações positivas no sentido de sua concretização, assim como ocorre para a eficácia de toda e qualquer norma.

1.4 As colisões entre direitos fundamentais dentro do contexto da teoria dos limites dos limites

Considerando-se que por meio de colisões de direitos fundamentais um deles terá um maior peso no caso concreto, enquanto o outro colidente será aplicado em menor medida, chega-se à questão: Haveria algum núcleo essencial de um princípio que deve ser a todo custo preservado? Dito de outra forma, qual seria o limite da limitação do princípio?

Para responder a esta questão, primeiramente devemos conceituar a ideia de núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Ingo Sarlet diz que: “A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela de conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como direito fundamental” (SARLET, 2018, p. 421).

Porém, observa Marmelstein que a ideia de núcleo essencial dos direitos fundamentais seria relativa à proteção destes em relação a leis que eventualmente os esvaziassem totalmente. Assim, a proteção se daria em face ao poder do legislativo. No entanto, isso não impediria que em algumas situações concretas “o judiciário, ao sopesar os valores em conflito, possa afastar por completo um direito fundamental, atingindo, obviamente, seu núcleo essencial” (MARMELSTEIN, 2019, p. 405).

Portanto, não existiria tal proteção em relação ao judiciário, pois este, convocado a decidir em determinado caso concreto, pode perceber que um dos princípios em jogo não pode ser aplicado totalmente ao caso. Afinal, o mandado de otimização de Robert Alexy determina que o princípio seja aplicado o máximo possível conforme as situações fáticas, o que quer dizer que este pode acabar por não aplicado.

A posição de Marmelstein se enquadra no que é classificado por Robert Alexy como teoria relativa do núcleo essencial. Para essa teoria não existiria um núcleo essencial “intocável” dos direitos fundamentais.¹ O núcleo essencial seria “aquilo que resta após o sopesamento” (ALEXY, 2015b, p. 297).

Dessa maneira, a limitação dos direitos constitucionais é demarcada “em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional” (BARROSO, 2022, p. 324). A Constituição dará balizas para o intérprete resolver casos concretos, bem como deverá ser a guia do legislador para que este possa escolher quais valores irá privilegiar quando da feitura de leis que digam respeito a direitos fundamentais.

Ou seja, somente seria conhecido o núcleo essencial de um direito fundamental no momento que este é posto à prova contra outro direito fundamental, dentro da análise de um caso concreto. Esta é a posição adotada no presente trabalho.

O acórdão a seguir colacionado trata de colisão de direitos fundamentais e da questão de seu núcleo essencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, HONRA E IMAGEM. PUBLICAÇÕES EM REDES SOCIAIS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. PRELIMINAR DE INOBSERVÂNCIA DO ART. 1.018 DO CPC. PROCESSO ELETRÔNICO. RESSALVA LEGAL. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. PESSOA PÚBLICA. VEREADOR. ÂMBITO DE PROTEÇÃO MAIS RESTRITO QUE NÃO AUTORIZA A PRÁTICA DE OFENSAS PESSOAIS OU MERAMENTE PEJORATIVAS. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. REMOÇÃO APENAS DAS PUBLICAÇÕES OFENSIVAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...]. As pessoas públicas, como o primeiro Agravante, têm sua esfera de privacidade reduzida, submetendo-se, em prol dos direitos de fiscalização dos representados, à possibilidade de críticas, contrapontos e manifestação de opiniões diversas, o que, entretanto, não permite que sejam adotadas condutas ofensivas à pessoa, que extrapolem as simples críticas ou opiniões, passando a ter intuito eminentemente

¹ A ideia de haver um núcleo intocável dos direitos fundamentais já predeterminado seria enquadrada no que Alexy chama de “teoria absoluta”. A respeito dessa diferença, vide Alexy, 2015b, p. 295-301.

pejorativo, sob pena de ofensa **ao núcleo essencial dos direitos constitucionais à honra e imagem**. A liberdade de expressão prevalece até o ponto em que não implique ofensa desmedida, desarrazoada ou desvinculada de crítica social ou política própria, ou seja, as palavras depreciativas, ofensivas, hostis e meramente insultuosas não podem ser amparadas pela liberdade de expressão. A Agravada promoveu publicações com teor ofensivo, desvinculado de uma crítica política ou social, conforme se depreende dos documentos acostados aos autos, a partir dos quais se percebe a associação dos Agravantes a termos de viés unicamente pejorativo. Patente, o *fumus boni iuris* a amparar o pleito recursal, que deve se limitar às práticas abusivas de teor nocivo à honra e imagem dos Agravantes, de modo a não cercear a liberdade de expressão. Presente o perigo na demora, tendo em vista que as ofensas já foram praticadas, causando prejuízos à imagem dos Agravantes à medida que permanecem expostas ao público, ainda mais por se tratar de meio eletrônico, no qual a difusão de informações e a ofensividade da conduta se dá de forma exponencial. Rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao recurso para determinar a remoção das publicações das redes sociais e abstenção da nova prática apenas em relação a conteúdo que se configure como unicamente ofensivo ou pejorativo (TJ/BA – Agravo de Instrumento – Processo nº 0007440–76.2016,8.05.0000 – Relator Roberto Maynard Frank – Quarta Câmara Cível – Publicado em 22/11/2016) (grifos nossos).

Como fica claro no acórdão, existe uma busca em se preservar a todo custo o núcleo essencial do direito à honra e à imagem. No entanto, esse núcleo essencial apenas foi reconhecido relativamente ao outro direito fundamental que estava em jogo, o direito à liberdade de expressão. Caso houvesse outro direito fundamental em questão, em outro caso concreto (exemplo: honra e imagem X direito à vida), o julgador teria feito outro tipo de ponderação, podendo levar a outro tipo de resultado.

Portanto, as colisões entre direitos fundamentais e os limites mínimos desses direitos são teorias que dialogam, mas que apenas podem ser vistas de maneira integrada, uma vez que somente se saberá o núcleo essencial de um direito fundamental após a colisão desse direito fundamental com outro. E, esse núcleo essencial será aquele aplicável ao caso concreto, uma vez que em outra colisão e em outro caso concreto, o resultado poderá ser diferente, de forma que até mesmo nada mais reste do direito fundamental a ser aplicado naquele caso.

De qualquer maneira, a não utilização de um direito fundamental em um caso concreto não implica em sua invalidade, mas apenas e tão somente em sua não utilização pontual. O princípio que foi utilizado em seu peso mínimo em uma colisão poderá ser utilizado como tendo grande peso em outra, quando da análise de outro caso concreto.

1.5 Direitos fundamentais no contexto das teorias da argumentação jurídica

A ciência moderna do direito, em sua feição atual, ou seja, separada da filosofia jurídica, tem como grande marco inicial as obras de Friedrich Carl Von Savigny (BONAVIDES, 2018b, p. 520).

Savigny, maior nome da escola histórica do direito (TEPEDINO; OLIVA, 2022, p. 63), dizia que “interpretar significa reconstruir o conteúdo da lei, para o que o intérprete deve se localizar no ponto de vista do legislador” (TOMAZINE; OLIVEIRA, 2010). Ou seja, o intérprete deveria direcionar todos os seus esforços para compreender a intenção do legislador ao redigir a norma.

A lei exarada pelo legislador seria uma manifestação do “espírito popular”. Segundo Savigny, “o direito tem no espírito popular não apenas sua justificação, mas também sua criação. Ele é construído e vive na consciência comum do povo” (*tradução própria*) (BÖCKENFÖRDE, 2016, p. 11).

A ideia de uma força criadora do “espírito popular” era presente na literatura alemã romântica. De acordo com Carpeaux: “O Romantismo e a historiografia romântica tinham fé exagerada na força criadora do anônimo espírito popular” (CARPEAUX, 2013, p. 17). Posteriormente, a mesma ideia é defendida por Johann Herder, em outro movimento literário (CARPEAUX, 2013, p. 58).

Para capturar o “espírito do povo”, traduzido em lei pelo legislador Savigny, em sua obra “Sistema do Direito Romano atual”, delinea os cânones de interpretação jurídica, sendo estes os métodos gramatical, lógico, histórico, sistemático e teleológico (SAVIGNY, 2005, p. 96-97).

Assim, reconstruída a vontade do legislador (e do povo, em última análise) ao promulgar a norma aplicável ao caso concreto, o intérprete então deveria se utilizar do processo do silogismo dialético aristotélico, conforme se extrai da obra “Órganon”. Para Aristóteles, o silogismo dialético se formava através de duas premissas, pelas quais se chegava a uma conclusão (ARISTÓTELES, 2016, p. 369).

Levando-se o silogismo dialético aristotélico para a interpretação jurídica, temos que a premissa maior é a lei, a premissa menor é o fato e, através da subsunção do fato à lei, se chega a uma conclusão, que seria o direito aplicável ao caso.

Nas palavras de Georges Abboud:

Em síntese, trata-se de examinar se o fato se adequa à norma, atraindo, por conseguinte, a consequência normativa ali prevista. Não raro, a subsunção é descrita em termos de um processo lógico silogístico, em que é preciso observar a conclusão extraível da aplicação de uma premissa maior (a lei) a um menor (o fato) [...] O silogismo é, pois, um método decisório antigo, usualmente associado ao legalismo, cuja principal fragilidade é a notória tendência a disfarçar a complexidade inerente à aplicação do direito (ABBOUD, 2021, p. 220).

Os cânones de interpretação jurídica e a subsunção do fato à norma, em bases bastante semelhantes às propostas por Savigny (apesar das diversas escolas jurídicas do século XIX) dominaram a hermenêutica jurídica até a primeira metade do século XX.

A partir de então, começa a ser construída uma nova forma de interpretação jurídica, dando ênfase à argumentação jurídica. A argumentação jurídica está ligada a ideia “de que a solução dos problemas que envolvem a aplicação do Direito nem sempre poderá ser deduzida do relato da norma, mas terá de ser construída indutivamente, tendo em conta fatos, valores e escolhas” (BARROSO, 2022, p. 331).

Em paralelo a isso, após os horrores da 2ª Guerra Mundial, os juristas tentaram superar a hermenêutica tradicional como modo a dar maior efetividade às constituições. Assim, acompanhando o “giro linguístico” ocorrido na filosofia, começaram a ser desenvolvidas as teorias discursivas do direito. Em especial, a partir das obras de Ludwig Wittgenstein, a “linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação de conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria construção do conhecimento” (STRECK, 2006, p. 244).

Essa construção possui por premissa que as cortes constitucionais não devem controlar apenas formalmente o processo de criação legislativa, mas também o conteúdo que é criado, para que este esteja materialmente de acordo com os princípios e regras constitucionais.

Assim:

Então, era necessário que a Corte Constitucional pudesse realizar também um controle material sobre a legislação. Desse modo, nem todo conteúdo, ainda que em consonância com o regular trâmite do processo legislativo, poderia ser considerado direito.

Grande parte das inovações havidas no âmbito constitucional no período pós-bélico são creditadas ao movimento que se intitulou *neoconstitucionalismo* (*grifos no original*) (ABBOUD, 2021, p. 271).

Nesse contexto, o movimento neoconstitucionalista começa a ampliar a força normativa dos princípios constitucionais, para a introdução nas decisões judiciais de princípios extraídos da constituição.

Portanto, percebemos que o paradigma da subsunção do fato à norma não se encontra inteiramente superado pelo neoconstitucionalismo. Os “casos fáceis” são resolvíveis exatamente através da aplicação de subsunção.

Nesse mesmo sentido, dando primazia às regras para a solução de conflitos, em especial relativamente aos “casos fáceis”, se encontra o pensamento de Robert Alexy:

Nota-se, portanto, que Alexy preserva a subsunção enquanto modo simplista de aplicação de um padrão normativo em especial – a regra, que, na teoria alexyana, serve à resolução de “casos fáceis”. Na obra de Alexy, as regras sempre têm primazia: apenas quando a solução do caso não for encontrada nos mandados de definição, torna-se possível ao intérprete fazer uso dos mandados de otimização (ABBOUD, 2021, p. 303).

Nos “casos difíceis”, ou seja, aqueles nos quais existe uma colisão entre princípios diversos e não há um mandado de definição preestabelecida (ou seja, uma regra), não seria possível a decisão por subsunção:

Em tais casos, se revela de modo bastante claro o problema fundamental: como fundamentar a adequação de decisões seletivas inevitáveis? O positivismo aborda superficialmente esse problema e analisa suas consequências como sintomas de uma imprevisão inevitável de formulações de linguagem coloquial. Hart pensa que a carência interpretacional das normas jurídicas é resultado da estrutura aberta das linguagens naturais e chega a uma conclusão decisionista. Na proporção em que o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio. O juiz preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente e às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito (HABERMAS, 1997, p. 251-252).

O modelo de decisão do positivismo buscava na vontade do legislador e no ordenamento, posto a resposta para a resolução das situações jurídicas concretas. Quando o ordenamento não dava a resposta pronta para o caso (*hard cases*), entendia-se que existia uma margem de discricionariedade do julgador, que decidiria conforme os princípios gerais de direito. A escolha dos princípios e a forma de julgar

seriam um ato de vontade, expressando a compreensão particular de um juiz, sendo, portanto, um ato arbitrário.

No entanto, no Estado democrático de direito, as decisões devem ser passíveis de uma justificativa racional, mesmo aquelas que decidem os casos difíceis. No Brasil, toda decisão judicial deve ser justificada, conforme mandamento constitucional contido no artigo 93, IX da Carta Magna. Assim, “decisão democrática, é decisão que se justifica perante as partes e perante o direito” (TOVAR, 2020, p. 182).

Nesse sentido, a teoria discursiva do direito, que será objeto de maior análise em capítulo posterior deste trabalho, busca uma justificativa racional para os casos difíceis. Os defensores dessa técnica de interpretação entendem que seguindo os postulados da teoria da argumentação jurídica seria possível chegar a uma justificativa racional que levasse em conta o conteúdo moral (HERGET, 1996, p. 45).

Tendo sido analisado o contexto atual dos direitos fundamentais, passamos a analisar os influxos do direito constitucional dentro do âmbito das relações civilísticas, que será tema do próximo capítulo.

2 AS RELAÇÕES DE DIREITO CIVIL E OS INFLUXOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL

O presente capítulo tem por objetivo compreender como as bases do direito civil foram formadas, bem como o caráter de determinação e de segurança jurídica de suas normas. Além disso, será compreendido o papel do direito constitucional na nova interpretação do direito civil, dentro do paradigma do direito civil-constitucional, através de análise doutrinária.

Esse percurso cria um resultado importante para a dissertação, uma vez que as relações entre o direito civil e o direito constitucional ficarão bastante claras, o que será importante para o desenvolvimento do trabalho como um todo.

2.1 A codificação do direito civil

A ideia de uma codificação, ou ao menos de se ter por escrito as leis, para que com isso, sejam evitadas decisões arbitrárias, remonta do direito romano pré-clássico. No início do direito romano, as normas de direito civil eram motivo de instabilidade, que por sua vez era motivo de insatisfação, em especial da plebe.

Avançando séculos, a legislação de direito privado possui como grande ancoradouro o Código Civil.

Primeiramente, deve-se afirmar que Código Civil não inclui inteiramente o Direito Civil, sendo este último mais abrangente. Diversas relações civis são regulamentadas por leis que se encontram fora do corpo do Código Civil.²

De qualquer forma, este alicerça as principais relações no âmbito do direito privado brasileiro. Mesmo grande parte da regulamentação relativa ao direito comercial, a outra grande área do direito privado, está incluída no diploma civil brasileiro. Sendo a base do direito privado, o Código Civil molda e influencia as relações entre particulares como um todo.

O propósito de se codificar um ramo do direito é dar uma estrutura racional e clara às matérias ali tratadas, além de ordenar de forma orgânica o conteúdo, de forma que ele faça sentido como um todo uniforme. Outra vantagem da codificação é a

² Como a Lei Federal 8.009/1990, que regulamenta o bem de família legal.

facilitação do acesso da população às normas que regem determinada matéria, dando (presumivelmente) maior eficácia social ao ramo do direito sub exame.

A ideia de codificação civil, na modernidade, se inicia com os códigos austríacos e prussianos. Porém, o código francês foi o que obteve maior notoriedade:

[...] O movimento para a incorporação do direito em códigos planejados e estáveis, originado na Áustria e na Prússia, foi em parte uma resposta aos problemas dos Estados nos quais coexistiam diversos sistemas jurídicos, mas em parte também uma expressão da convicção da época sobre o poder organizador da razão pura, a principal certeza da era do iluminismo. A mais famosa realização nesse campo foi o Code Civil francês [...]. Esse código grancejou a admiração do mundo inteiro e foi uma importante influência no projeto dos códigos posteriores da Bélgica e da Holanda, da Itália, da Espanha e dos Estados do antigo império colonial espanhol. [...]

A ideia principal dos codificadores franceses era a de excluir a incerteza e a arbitrariedade da administração do direito e, para esse propósito, eles queriam reduzir tanto quanto possível a função interpretativa e criativa dos juizes, em quem não confiavam. O juiz deveria ser apenas uma máquina que aplicasse inteligentemente um conjunto claro e estável de regras (KELLY, 2010. p. 411).

Enquanto a teoria da ponderação, na atualidade, atrai diversas críticas no sentido do imenso poder discricionário que concentra no poder do juiz, o objetivo perseguido pela codificação do direito era exatamente o contrário. Se esperava com a codificação, como visto no trecho acima, se alcançar previsibilidade extrema das decisões judiciais. O espaço de criação judicial seria extremamente reduzido.

A desconfiança da magistratura pelos revolucionários franceses se dava, em grande parte, pelo vínculo que ela possuía com o antigo regime. Os cargos, em especial as magistraturas, eram vendidas pelo rei, como forma de obter renda para o tesouro (LOPES, 2011, p. 234).

A codificação tinha então um caráter de deixar claras as normas e regras a serem seguidas dentro da vida civil, orientando o dia a dia das pessoas. A segurança de uma codificação com regras claras permitiria que se tivesse a segurança jurídica necessária dentro de um escopo patrimonialista que dominavam as antigas codificações.

Dessa maneira, a codificação seria a forma de afirmação da nova ordem burguesa que estava, então, nascendo. Se de um lado o código legitimava tal ordem burguesa, do outro, o código dava a ela estabilidade, após o período revolucionário.

A tendência de codificação do direito civil também chegou até o Brasil. Ainda no Império, tentou-se uma codificação através de Teixeira de Freitas, que foi encarregado, em 1869, a produzir um esboço do código civil brasileiro. O esboço produzido, apesar de não ter sido adotado no Brasil, serviu de inspiração para diversas codificações de países hispano-americanos (PONTES DE MIRANDA, 1981, p. 80).

Finalmente, em 1899, Clóvis Bevilacqua foi convidado para a redação do código civil brasileiro (PONTES DE MIRANDA, 1981, p. 83). A versão de Clóvis, após discussões e emendas no Congresso Nacional, acabou se tornando o Código Civil Brasileiro de 1916.

O Código Civil Brasileiro de 1916 foi nitidamente inspirado pelo código alemão de 1900. Já no início do século, o código alemão era criticado por ser demasiadamente individualista, e por apenas ocasionalmente levar em conta o pensamento jurídico social (RADBRUCH, 2010, p. 79).

O antigo código civil de 1916 foi finalmente sobrepujado pelo código atual, o de 2002, que possui em sua redação uma ideia de sociabilidade que se faz latente, marcando uma diferença importante com o código antigo.

A ideia de sociabilidade, junto da noção de operabilidade e eticidade foram as ideias motrizes do novo código civil, desde a sua elaboração. Dessa forma, percebemos que as ideias do neoconstitucionalismo de penetração do direito constitucional no direito civil estavam lá presentes desde o início.

2.2 A segurança jurídica e o direito privado

A segurança jurídica é tão importante no direito privado que chega a ser a finalidade de todo um ramo do direito, do direito notarial e registral. Ela tem “o primado de iluminar e orientar os meios de ação da entidade registral e de dar consistente permanência a seu resultado” (DIP, 2017, p. 25).

Confiando na legislação pátria, os particulares irão efetuar seus contratos, comprar e vender imóveis, escolher regime de bens no casamento, determinar seus herdeiros, enfim, conviver na ordem jurídica privada.

Dessa forma, importantíssimo para a prosperidade da sociedade e para que os particulares saibam como se comportar a existência de um grau elevado de previsibilidade e de segurança jurídica.

Os séculos de utilização das instituições de direito civil advindas do direito romano, bem como seu estudo científico realizado através dos anos possibilitaram um grande grau de segurança em seu manejo, tanto nas relações jurídicas do dia a dia (contratos, obrigações familiares, direitos reais) quanto nas decisões judiciais.

Nesse sentido, percebe-se que o direito civil evoluiu de forma a privilegiar a segurança jurídica e, como corolário da mesma, a boa-fé que as pessoas depositam nas decisões judiciais e na estabilidade do sistema jurídico.

2.3 A influência dos direitos fundamentais sobre institutos de direito civil (família, propriedade, contratos e sucessão)

Os direitos fundamentais constantes da Constituição possuem todo o peso e força vinculante dos demais dispositivos do texto constitucional. Com isso, possuem indiscutível superioridade sobre as normas de direito civil insculpidas no Código Civil e no restante da legislação infraconstitucional que regula o direito privado.

A primeira influência dos direitos fundamentais em relação às normas do direito civil é exatamente da limitação à atuação do legislador ordinário. Caso este, ao regular uma norma, afeta particulares, acabe por ferir um direito fundamental constitucionalmente protegido, essa norma será extirpada do ordenamento jurídico por meio de uma declaração de inconstitucionalidade.

Além desse limite para a atuação do legislador, a “Constituição também projeta relevantes efeitos hermenêuticos, pois condiciona e inspira a exegese das normas privadas, que deve orientar-se para a proteção e promoção dos valores constitucionais centrados na dignidade da pessoa humana” (SARMENTO, 2006, p. 77).

Os direitos fundamentais terão, por um lado, o efeito de limitar o legislador ordinário e, por outro, o de inspirar a hermenêutica do poder judiciário quando da aplicação da norma no caso concreto.

2.3.1 Da aplicabilidade Horizontal do direito constitucional

Durante os séculos XVIII e XIX, por influência do pensamento liberal dominante, havia o entendimento de que a Constituição teria sua aplicação voltada

exclusivamente para a proteção do indivíduo perante o poder do Estado. Por sua vez, as relações entre particulares seriam regulamentadas pelo Código Civil.

Nesse sentido:

Entretanto, a doutrina liberal dos direitos humanos consolidou-se em outro sentido, pois foram articulados dois sistemas diferentes para a proteção da liberdade humana. Nas relações entre o Estado e indivíduo, valia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto no campo privado o Código Civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na ideia de autonomia privada (SARMENTO, 2006, p. 12).

No entanto, em especial após a 2ª Guerra Mundial, as constituições ganharam cada vez mais força e relevância, por conta de ideia de que os valores constitucionais poderiam proteger os indivíduos de uma nova tragédia humanitária que foi a guerra.

Assim, ganha impulso a ideia de aplicação dos princípios constitucionais diretamente nas relações entre particulares. Com isso, existe um “processo de absorção, pelas Constituições, de temas tipicamente regulados pelo Código Civil” (LEAL, 2015, p. 131).

Com o pós-positivismo, os direitos fundamentais ganharam uma dimensão que não possuíam antes. Sua normatividade jurídica foi sobremaneira ampliada, sendo os direitos fundamentais entendidos como eficazes mesmo perante particulares e diante todo o ordenamento jurídico existente.

Esse processo se consolidou a partir do paradigmático julgamento do caso Lüth, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1958:

Esse momento histórico foi o julgamento do caso Lüth, em janeiro de 1958, considerado como um dos mais importantes do tribunal em seus mais de 60 anos de existência, o que pode ser medido ainda pela quantidade de vezes em que esse *urteil* é referido na jurisprudência do TCF e de outros tribunais germanófonos. Ocorre que esse julgado não recai sobre matéria de Direito Público. Ele tem por subjacente a interpretação de um artigo do BGB em face do exercício da liberdade de expressão. [...]

Em suma, o Direito Civil foi o elemento nuclear da reconhecida mais importante decisão da história do TCF em termo de influência internacional e foi a partir do *Lüth-Urteil* que, tem todo mundo, se formou copiosa literatura, nas mais diversas línguas, sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares (RODRIGUES JR, 2019, p. 424, edição eletrônica Kindle).

A partir desse julgamento, passou-se a entender que também as relações entre particulares estariam vinculadas aos princípios constitucionais, através da chamada eficácia horizontal dos direitos. Não haveria mais uma separação rígida entre o campo do direito público, regulamentado primariamente pela Constituição e o do direito civil.

Por conta da doutrina da eficácia horizontal, “alguns sistemas jurídicos puderam desenvolver uma visão mais aberta, democrática e elástica da função da jurisdição constitucional” (KAUFMANN, 2003, p. 158).

Por consequência o “Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos, quanto naqueles de relevância publicita, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional” (PERLINGIERI, 2007, p. 6).

A decisão do caso Lüth não deixa dúvidas em relação a essa nova centralidade do texto constitucional na interpretação jurídica, quando se refere ao juiz cível e à hermenêutica que esse deve fazer dos direitos fundamentais: “Também o juiz cível tem que sempre ponderar o significado do direito fundamental em face do valor do bem jurídico protegido[...].” (SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 393).

Foram estabelecidas diversas bases do que é entendido hoje como a extensão dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico: A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que significa que eles são aplicáveis mesmo nas relações entre particulares – e não mais apenas a eficácia vertical dos direitos fundamentais, que protegem o particular do poder e arbitrariedades do Estado; a irradiação dos princípios fundamentais, que são entendidos como norma de aplicação em todo o ordenamento jurídico; e por último, mas não menos importante, a utilização da ponderação de valores como forma de resolução de conflitos entre valores constitucionalmente protegidos (SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 382).

Em sentido diverso ao julgamento deste importante caso, encontramos na jurisprudência norte-americana, a chamada *State Action doctrine*, onde a suprema corte americana “por diversas vezes reiterou que a Constituição americana não oferece qualquer escudo protetivo contra condutas privadas – ainda que discriminatórias e lesivas” (VENTURI, 2020).

De qualquer forma, retornando ao nosso sistema legal, o Código Civil continua a ter seminal importância para o direito. Afinal, em volta dele o direito com base continental europeu se estruturou durante séculos. Diversos institutos são

regulamentados apenas pelo direito civil e são interpretados por meio de seguras bases que criadas por ele.

A Constituição não regula inteiramente o direito e nem poderia. O motivo mais óbvio é sua extensão limitada. Além disso, caso a Constituição regulamentasse totalmente a experiência jurídica, seria difícil a mudança democrática em qualquer sentido.

Mas a importância da carta maior para o direito contemporâneo não pode ser ignorada. Os princípios constitucionais e os direitos fundamentais devem ser aplicados por todos os poderes, bem como devem ser aplicados em face às relações ocorridas entre os particulares. Nesse sentido:

Os princípios constitucionais são normas situadas no vértice do ordenamento jurídico e não podem, por isso mesmo, assumir papel subsidiário ou marginal, especialmente em um campo tão vasto e relevante como o direito civil. O reconhecimento de que os princípios constitucionais são normas aplicáveis (indireta ou diretamente) às relações privadas é indispensável para compreender que o direito civil não representa um mundo à parte, um campo jurídico guiado por valores próprios e autônomos, mas se insere no ordenamento jurídico, que é uno e gravita todo em torno do projeto constitucional (SCHREIBER, 2013, p. 13).

Por conta disso, o direito passa a ter um claro eixo axiológico. Esses valores são determinados pela Constituição. E, o direito civil não fica livre dessa influência:

A transformação do papel da ordem constitucional atual foi denominada “constitucionalização do direito privado”, cujos fundamentos são calcados no pensamento de que a Constituição não é apenas a ordem jurídica fundamental do Estado, mas tornou-se a ordem jurídico-fundamental da sociedade.

Nutrido-se o direito privado da força normativa atribuída aos princípios constitucionais, houve a necessidade de reordenar valorativamente o direito civil com o conteúdo axiológico do direito constitucional. Isso quer dizer que, concretizando um direito civil imbuído de valores constitucionais superiores, não se pode mais admitir a distinção completa entre aqueles ramos do direito.

Mudou o direito civil, no qual a autonomia da vontade não é mais dogma e condição de validade. Mudou o direito constitucional e sua ótica exclusivamente defensiva em face das ingerências estatais. Ganham com isso as duas searas, enriquecendo em problematização e complexidade (EHRHARDT, 2022, p. 145).

Dentro desse contexto de aplicação e influência do texto constitucional, passaremos a analisar o influxo dos direitos fundamentais em diversos ramos do

direito civil. Com isso, se terá uma dimensão do impacto do texto constitucional dentro da nova dinâmica estabelecida neste âmbito.

2.3.2 Direito de Família

A Constituição Brasileira de 1988 tratou expressamente do direito de família, em seus artigos 226 a 230. Dessa maneira, a constitucionalização do direito de família no Brasil não ocorreu simplesmente por uma interpretação extensiva do texto constitucional, mas sim por aplicação direta, uma vez que se reservou todo um capítulo para se tratar do tema.

O tratamento constitucional dado ao direito de família pela Constituição Brasileira é inclusive considerado bastante avançado em se comparando com legislações de outros países:

As revolucionárias transformações promovidas pela CF/1988 na concepção, na natureza e nas atribuições das relações familiares e, conseqüentemente, no direito de família, puseram o Brasil na dianteira da refundação dos novos institutos jurídicos, pelo trabalho criativo da doutrina civilista. Em comparação, a França, país que sempre se destacou pelas inovações no direito de família, apenas em 2005, com a lei de 4 de julho, extinguiu definitivamente a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos, que deixou de existir no Brasil desde 1988, com o § 6º do art. 227 da CF/1988 (LÔBO, 2021, p. 35).

A Constituição teve papel fundamental nas alterações ocorridas no direito de família, fato sobre o qual não há qualquer dúvida. No entanto, não podemos deixar de levar em consideração todos os movimentos sociais ocorridos ao longo dos últimos séculos, que transmutaram a família ainda com resquícios de família patriarcal romana aos moldes atuais.

Hoje, o direito de família é entendido como múltiplo. Não existe apenas para proteger a família tradicional, mas todas as famílias, de todos os tipos e matizes. O grande propósito do direito de família na atualidade é a felicidade e o desenvolvimento de seus membros.

Para que esse desenvolvimento possa ser completo, cada pessoa deve ter a possibilidade de constituir sua família da melhor forma possível. Deverá haver autonomia para a conformação familiar. Apesar disso, bem observa Gabriel Bedrossian:

No entanto, esse avanço na outorga de uma maior esfera de liberdade aos integrantes da família não deveria implicar desproteção para aqueles que são mais fracos ou se encontram em situação de vulnerabilidade.

Para atenuar os abusos que poderiam levar uma liberdade sem limites, a moderna doutrina de direito de família teoriza a respeito de outro princípio que – como assinalamos anteriormente – tem a possibilidade de diminuir esses perigos tratando de equilibrar a balança com escopo de uma maior justiça.

Assim, talvez tentando substituir o rigorismo do conceito “ordem pública” se fala em “solidariedade familiar” (BEDROSSIAN, 2020, p. 6) (*tradução nossa*).

Dessa forma, é inegável a liberdade de se conformar a família de acordo com a liberdade individual de cada um. A família pode ser monoparental, anaparental, ou mesmo constituída entre duas pessoas do mesmo sexo. Tudo isso se encontra dentro de uma conformação constitucional. O código civil deve ser lido de forma a comportar todas essas escolhas que se encontram protegidas pela Constituição.

No entanto, junto da liberdade caminha a responsabilidade. Da mesma forma que existe a liberdade da conformação familiar em uma leitura constitucional, essa liberdade não pode ser utilizada de forma a se desproteger os membros mais vulneráveis da família.

Dessa forma, conforme o princípio da solidariedade familiar e conforme os ditames de justiça, a liberdade não pode ser utilizada como forma de abuso. Assim, um pai não poderia evocar a liberdade de conformação familiar para se desvencilhar da obrigação de pagamento de pensão alimentícia.

Portanto, a leitura civil-constitucional que se pode fazer do direito de família deve ser no sentido da preservação da autonomia das famílias e dos tipos familiares, mas sem que essa autonomia fira a solidariedade que deve haver entre os membros da família, sem descuidar também da proteção àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade.

2.3.3 Direito de propriedade

A ideia absoluta do direito de propriedade foi apropriada pelas revoluções burguesas advinda do direito romano. A garantia do direito de propriedade era considerada essencial para o desenvolvimento do Estado burguês nascente, e a força dos institutos de direito romano serviam muito bem para esse fim.

O absolutismo do direito de propriedade é complementado pela noção de poder imediato do titular em relação ao bem. Tal concepção “de que o direito real confere ao titular um poder imediato deita suas raízes na chamada teoria realistas ou clássica, que é oriunda do jusnaturalismo do século XVII” (TEPEDINO; MONTEIRO FILHO; RENTERIA, 2020, p. 5).

A preservação da propriedade era tida, no contexto ideológico que serviu de base para as revoluções burguesas, como o principal objetivo da “comunidade civil”, ou seja, do Estado:

Assim sendo, a finalidade maior e principal de os homens se unirem em comunidades civis, de acordo com o jugo de um governo, é a preservação de suas propriedades. No estado de natureza, há muitas carências.

Em primeiro lugar, há a carência de uma lei estabelecida, aceita e reconhecida, pelo consentimento comum, para padronizar o que seja o certo e o que seja errado, bem como medida comum para decidir todas as controvérsias entre os homens. (LOCKE, 2014, p. 101).

O Código Civil servia exatamente como essa “lei estabelecida, aceita e reconhecida” que padronizava as condutas no tocante ao direito de propriedade, bem como em relação a outros direitos da vida civil. Porém, a partir do neoconstitucionalismo, o direito de propriedade vem ganhando novos relevos.

Primeiramente, cabe dizer que o direito de propriedade foi elevado a “direito fundamental” (LOUREIRO, 2003, p. 101) pela Constituição de 1988, e se encontra protegido não apenas por um, mas por dois dispositivos constitucionais – O artigo 5º, XXII e o artigo 170.

Além disso, deve o direito de propriedade ser visto como uma relação jurídica complexa:

Alguns autores deram-se conta de que a propriedade é uma relação jurídica complexa, que reúne não só um feixe de poderes, como os de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, mas também deveres em relação a terceiros proprietários e a terceiros não-proprietários. Ao lado dos tradicionais poderes que fazem da propriedade um valor de sinal positivo, há, também, valores emergentes, que tem como universo de referência o sistema social (LOUREIRO, 2003, p. 43).

Ou seja, por um lado, a propriedade é um direito fundamental. Ela se encontra protegida pelo texto constitucional e, ao mesmo tempo, trata-se de um direito ligado historicamente ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, as relações do direito de propriedade não se encontram encerradas no poder que o proprietário possui sobre a coisa. Existem diversos valores que emergem quando da utilização da propriedade. A partir desses valores, ocorre uma funcionalização do direito de propriedade:

Como se vê, a modificação é essencialmente de função, mas a inserção de interesses sociais gera, por via reflexa, uma remodelação da estrutura do direito de propriedade. A propriedade passa a ser vista não mais como um direito absoluto ou “poder inviolável e sagrado” do proprietário, mas como uma situação jurídica subjetiva complexa em que se inserem direitos, deveres, ônus, obrigações (SCHREIBER, 2013, p. 246).

A própria Constituição trata, no inciso seguinte ao que protege o direito de propriedade, da função social que esta deve atender. Assim, percebemos aqui uma clara constitucionalização deste direito, uma vez que a interpretação dos limites deste encontra contornos constitucionais.

O direito de propriedade continua sendo um direito regulamentado pelo código civil. No entanto, em uma visão atual do direito civil, ele deve ser visto não apenas como um direito patrimonial, mas como com contornos humanistas. O direito civil todo hoje se transmuda e adota elementos que põe no centro a pessoa, em detrimento apenas de uma visão patrimonialista. Assim, existe uma “volta do antropocentrismo, ou seja, uma volta do sistema colocado em relação à pessoa” (FACHIN, 2012, p. 230).

Portanto, com a constitucionalização do direito civil, a propriedade se mantém como um direito garantido e protegido, porém, passa a ter novos contornos. A propriedade garante o bem-estar de seu proprietário, por certo, mas deve fazer isso atendendo à sua função social.

2.3.4 O direito contratual

A máxima *Pacta Sunt Servanda* definiu a concepção de contrato das codificações liberais, que apagavam qualquer aspecto de sociabilidade:

Em sua acepção clássica, edificada no direito francês, o contrato era a exata tradução de um monismo valorativo. Na medida em que a autonomia da vontade era absoluta, sem concorrer com outros princípios, inseria-se o contrato exclusivamente no plano da liberdade formal, desligada por completo das condições materiais das partes e da sociedade que as cercava. Era uma perspectiva neutra e asséptica

do contrato, filtrado da vida pelas lentes da abstração de um universo jurídico construído em laboratório.

Essa tendência agravou-se com a edição do BGB em 1900. A Pandectística alemã forjou a teoria geral do negócio jurídico, uma pura categoria lógico-jurídica que contribuiu para apagar toda e qualquer nota de sociabilidade no fenômeno contratual (FARIAS; ROSENVALD, 2022a, p. 55).

Essa rigidez contratual se justificava pela autonomia da vontade. A vontade de duas pessoas de se vincularem contratualmente deveria ser respeitada por todos, até as últimas consequências. A noção de vontade, objeto e vinculação se encontram entre os pilares do direito privado:

Os contratos pressupõem “vontades” e, por isso mesmo, pressupõem a existência de alguém que manifeste essa vontade. Daí ser imprescindível a relação de sujeito: O sujeito em si mesmo não é suficiente, sendo necessário colocá-lo em relação com outro, donde surge a relação jurídica. Essa ideia vai vincular sobre o que recaem poderes e deveres, portanto, nesse sentido, emerge também a noção de objetivo, do mesmo modo que as demais, uma expressão dos pilares que compõem a base do direito privado (FACHIN, 2012, p. 162).

A rigidez contratual e a ideia da autonomia da vontade levada às últimas consequências dos códigos de acepção liberal-clássica começaram a ruir a partir do influxo de ideias como a sociabilidade do contrato. Além disso, os valores fundamentais, em especial extraídos da Constituição, passaram a ter papel fundamental na interpretação dos dispositivos contratuais.

Não apenas os dispositivos extraídos da Constituição interferem na formatação atual dos contratos e das obrigações. Mas as novas funções do Estado, hoje com uma maior interferência nos assuntos econômicos e sociais do que na época do Estado liberal, acabam por dirigir a atuação dos particulares:

Modernamente, o Estado possui funções de formador subsidiário do meio econômico e social, exarando normas que se dirigem à planificação de certas atividades dos particulares, em determinados momentos, e editando, por vezes, legislação marginal ao fenômeno sociológico do mercado.

No desempenho dessas prerrogativas, derivadas do conceito de Estado social, praticam-se atos *iure imperii*, destinados a alterar e ajustar os negócios privados, afeiçoando-os à política governamental. (COUTO E SILVA, 2006, p. 29)

Não mais se pode pensar no contrato como uma mera categoria abstrata, desvinculada de toda e qualquer função dentro do seio da sociedade. Além disso,

ideias como a perda da base objetiva do negócio que “parte da premissa de que certas circunstâncias objetivamente são determinantes para os contratantes e que, se soubessem que seriam outras no futuro, jamais as realizariam” (PELUSO, 2022, p. 1291).

Atualmente, é tão forte a ideia de que o contrato deve ser considerado dentro do contexto social que se diz até mesmo que quando este desatenda sua função social, não será merecedor de tutela por parte do ordenamento (TEPEDINO; BARBOZA; BODIN, 2012, p. 13).

Com isso, se supera a interpretação estrutural dos institutos jurídicos em favor de uma análise, dentro de uma perspectiva civil-constitucional, tendente a “priorizar [...] seu perfil funcional, seus efeitos, passando do “como ele é” para o “para que ele serve” (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 13).

Assim, de um lado, o próprio direito civil evoluiu de modo a considerar que a rigidez contratual excessiva acabava por solapar a vontade inicial das próprias partes contratantes. Por outro lado, o influxo de direitos fundamentais na interpretação dos contratos leva a uma interpretação do direito civil dentro da perspectiva civil-constitucional, onde os valores (em especial aqueles constitucionalmente protegidos) são levados em conta:

Sobre esse ponto emerge uma opinião, muito significativa, que sublinha, seja a centralidade da pessoa e dos valores a ela imanentes, seja o primado reconhecido às instâncias marcadamente solidaristas e sociais, de modo que se coloca no quadro de uma concepção de contrato que não exaure a sua relevância no auto-regulamentação de interesses, mas sim credita o seu valor ético (PERLINGIERI, 2008, p. 401).

Apesar desse avanço na interpretação das cláusulas contratuais, o mesmo autor delimita o problema surgido a partir do uso das categorias que levam a sociabilidade dentro do direito civil:

Todavia, as técnicas que concretizam esta instância ideológica são vagas: elas vão da aplicação de cláusulas gerais de direito civil, como a boa-fé, os bons costumes, a ordem pública e a nova ordem pública econômica, a equidade, o merecimento da tutela de interesses, ao uso de cláusulas gerais constitucionais, como a solidariedade, a utilidade social, os fins sociais (PERLINGIERI, 2008, p. 402).

Assim, a nova doutrina civilística que busca a sociabilidade dos contratos possui diversos méritos, ao tentar resgatar o direito contratual de sua “torre de marfim”

construída a partir de categorias assépticas pelos doutrinadores franceses e alemães do século XIX.

A liberdade de agir deixa de ser total e passa a ser restringida por valores constitucionais:

Segundo o texto constitucional, a liberdade de agir, objeto das garantias fundamentais inesculpidas no art. 5º, associa-se intimamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade social (art. 3º, I) e da igualdade substancial (art. 3º, III), objetivos fundamentais da República. Significa dizer que a livre-iniciativa, além dos limites fixados por lei, para reprimir a atuação ilícita, deve perseguir a justiça social, com a diminuição das desigualdades sociais e regionais e com a promoção da dignidade humana. (TEPEDINO; KONDER, BANDEIRA, 2022, p. 17)

Nesse contexto, os valores do texto constitucional ganham bastante relevância, uma vez que passam a impregnar a interpretação contratual. No entanto, tal feito não é isento de problemas, uma vez que existe uma dificuldade interpretativa na determinação dos efeitos das novas técnicas hermenêuticas.

Outro ramo do direito civil que sofreu influências do direito constitucional foi o direito das sucessões, que será tratado no próximo tópico do presente trabalho.

2.3.5 O direito das sucessões

Atualmente, no Brasil, o texto da Constituição Federal dispõe sobre o direito das sucessões, uma vez que garante o direito de herança:

O texto constitucional brasileiro confere proteção expressa ao direito de herança (art. 5º, XXX) como garantia institucional – é garantido o direito de herança – e também como direito subjetivo.

O caráter normativo do seu âmbito de proteção confere ao legislador, como de resto no contexto do direito de propriedade em geral, ampla liberdade na disciplina do direito de herança.

Algumas limitações decorrem, direta ou indiretamente, do próprio texto constitucional.

A Constituição estabelece o caráter pessoal da pena, mas especifica que a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens, nos termos da lei, podem ser estendidas aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido (art. 5º, XLV).

Estabelece, ainda, que compete ao Estado-membro e ao Distrito Federal a instituição e cobrança do imposto de transmissão causa mortis e de doação, de quaisquer bens ou direitos (art. 155, I).

Assinale-se, ademais, que a Constituição consagra regra de repercussão no âmbito do direito internacional privado, ao

estabelecer que a sucessão de bens de estrangeiros situados no país será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes for mais favorável a lei pessoal do de cujus (art. 5º, XXXI) (MENDES; BRANCO, 2019, p. 339-340).

Por conta de todos esses dispositivos constitucionais que tratam do direito sucessório, não se tem a mínima dúvida a respeito da constitucionalização desse ramo do direito civil. Assim: “O direito das sucessões é ramo do direito civil, obviamente permeado por valores e princípios constitucionais [...]” (VIERA DE CARVALHO, 2019, p. 17).

Nesse mesmo sentido, afirma Tepedino:

Sendo o fenômeno sucessório garantia fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, tal como disposto no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição da República, é preciso buscar a regulamentação conforme os valores essenciais do ordenamento jurídico brasileiro, entre eles a propriedade privada (CR, art 5º, caput e XXII) e a proteção da família (CR, art 226) (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2022, p. 24).

Portanto, assim como os demais ramos do direito civil, o direito das sucessões também passou a ser permeado e interpretado pelos princípios e regras constitucionais. O fenômeno da constitucionalização do direito civil é bastante amplo, de forma que hoje frequentemente se fala de Direito Civil-Constitucional, e não apenas mais de Direito Civil.

2.4 Inaplicabilidade, aplicabilidade indireta e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas

A partir do fenômeno da constitucionalização do direito, logicamente ocorre a discussão a respeito do grau de aplicabilidade (ou não) das disposições constitucionais no âmbito das relações privadas.

Ou seja, até que ponto as disposições constitucionais poderão intervir nas relações privadas? Ou será que estas não podem intervir nessas relações?

Respondendo a essas indagações, diversas posições foram formadas: a posição pela inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas; a posição que sustenta a aplicabilidade indireta; e, finalmente, a posição pela aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Passaremos a analisar cada uma dessas posições.

2.4.1 Inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas

Apesar de o neoconstitucionalismo sustentar a ideia da permeabilidade dos direitos fundamentais em todo o ordenamento jurídico e do grande número de adeptos a essa ideia, não são todos que concordam com a aplicação desses direitos no âmbito do direito privado.

Dentro dessa ordem de ideias, não se trata de negar a primazia dos direitos fundamentais sobre a legislação civil, que possui *status* de legislação ordinária. A preferência de aplicação do direito civil ou do direito constitucional se daria através da superioridade argumentativa no caso concreto:

Os valores de ambos os sistemas normativos estão, assim, em uma relação de concorrência e não em uma relação de hierarquia. Com isso, é possível que às vezes essa preferência seja dada aos valores do direito privado. Diederichsen chega, nesse ponto, a um conceito chave em sua teoria, o conceito de superioridade argumentativa. Segundo ele, como a prevalência entre valores não é automática e ambos os sistemas normativos concorrem para impor os seus valores, a superioridade que pode surgir será uma superioridade não-formal e não-automática, ou seja, uma superioridade argumentativa (SILVA, 2011b, p. 72).

Não se trata, então, de negar a aplicação dos valores constitucionais a todo e qualquer caso que envolva direito privado. Porém, a supremacia hierárquica da constituição aqui seria de pouca valia, uma vez que seus valores iriam concorrer com os valores relativos ao direito privado pela prevalência no caso em concreto.

Com isso, a depender da argumentação a ser utilizada, seria possível que valores do direito privado acabassem se sobrepondo a valores constitucionalmente postos e sendo aplicados para o caso concreto em detrimento daqueles.

Apesar da interessante construção jurídica, a Constituição brasileira deixa bastante claro a aplicabilidade de seus dispositivos de forma direta, sem a necessidade de uma regulamentação suplementar. O artigo 5º, § 1º dispõe da aplicabilidade imediata dos dispositivos constitucionais.

Dessa maneira, os dispositivos constitucionais não são reféns de manobras argumentativas para poderem ser aplicados em determinado caso concreto. Afinal, da mesma maneira que não dependem de promulgação de lei pelo legislador para que

possam ter aplicação, também não necessitam de uma hermenêutica jurídica especial para sua aplicação por parte do julgador.

Em sentido semelhante, argumenta Canaris pela aplicação dos dispositivos constitucionais na Alemanha: “Segundo o sentido linguístico, isto é, por uma interpretação gramatical, não se pode duvidar-se de que no termo “legislação” se inclui também a legislação no âmbito do direito privado” (CANARIS, 2016, p. 23).

Portanto, em que se pese a existência de opiniões contrárias à aplicação dos valores constitucionais no direito civil, o fato é que existem disposições constitucionais bastante claras, tanto no ordenamento brasileiro quanto no ordenamento alemão pela aplicação.

No entanto, cabe analisar se a aplicação dos valores constitucionais nas relações privadas se dará de maneira direta ou indireta, o que se passará a analisar em seguida.

Primeiramente, para este estudo, será analisada a hipótese de aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, que seria uma hipótese defendida por alguns como forma de compatibilizar a interpretação constitucional e as relações entre particulares. Em seguida, na sessão seguinte, será tratada da aplicabilidade direta.

2.4.2 Aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas

A tese da aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais tenta conciliar tais direitos e o direito civil. Assim, “a solução proposta é a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do direito material normativo do próprio direito privado” (SILVA, 2011b, p. 76).

Para que tal desiderato se faça possível, os valores constitucionais penetrariam nas decisões envolvendo litígios entre particulares por meio das cláusulas gerais (RAMOS, 2016, p. 294).

Assim:

É o que os alemães denominam de “metáfora dos feixes de luz (*Lichtausstrahlung*)”, que atravessariam as fronteiras do direito constitucional e penetrariam no direito privado, como se atravessassem frestas de uma janela, cuja abertura caberia às cláusulas gerais (RODRIGUES JR, 2019, p. 333).

A metáfora do feixe de luz serve muito bem para explicar a tese dos efeitos indiretos da constituição nas relações privadas. Afinal, nesta teoria, os direitos fundamentais apenas penetrariam nas relações privadas nos pontos onde o próprio direito civil fornecesse a abertura hermenêutica para tal.

Ainda permanecendo na metáfora dos feixes de luz, temos que imaginar então uma casa. As paredes da casa impedem a luz de entrar nos demais lugares, esta entraria apenas por frestas. Dessa forma, a modelagem se daria pelo próprio direito privado, e não pelo direito constitucional.

Portanto, onde o direito civil deixasse consignado cláusulas gerais, o direito constitucional poderia entrar. As cláusulas gerais são aquelas que “descrevem uma conduta sem lhe dar uma única solução” (PERES In RIBEIRO, 2018, p. 48).

Diversas são as cláusulas gerais encontradas no código civil. Como exemplo, temos o artigo 421 deste diploma legal, cujo *caput* reza: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Essas cláusulas são “suscetíveis de preenchimento de valores e carentes de preenchimento de valores” (DÜRIG in HECK, 2012, p. 35).

No artigo supracitado o alcance da expressão “função social” para a limitação da liberdade contratual deverá ser preenchido pelo intérprete. Afinal, o que seria a “função social”? Um contrato de consumo, por exemplo, deverá sempre favorecer o consumidor para ser considerado que ele exerce “função social”?

Muitos são os questionamentos a respeito da aplicabilidade prática do preenchimento das cláusulas gerais de direito privado por meio dos princípios constitucionais. Evidentes questionamentos a respeito do preenchimento destas cláusulas gerais por valores morais próprios do julgador são trazidos à baila.

A esse respeito, Virgílio Afonso da Silva alerta que:

Essa valoração não pode ser, contudo, ao contrário do que muitos ainda pensam, uma valoração baseada em valores extra ou supralegais. Essa valoração deve ser baseada, e aqui se revela o elo de ligação, no sistema de valores consagrados pela Constituição. (SILVA, 2011b, pp. 78-79).

Dessa forma, os valores inscritos na Constituição deverão ser seguidos quando da interpretação das cláusulas gerais do direito civil. Por meio de uma interpretação assim realizada, os valores constitucionais irão penetrar no direito privado, preenchendo essas cláusulas gerais com os valores constitucionalmente protegidos.

Outra forma de interpenetração dos valores constitucionais no direito privado seria por meio dos conceitos jurídicos indeterminados. A diferença é que a “expressão ‘cláusulas gerais’ denotaria as normas com antecedente e conseqüente indeterminados, ao passo que a expressão ‘conceitos jurídicos indeterminados’ designaria normas com antecedente indeterminado, mas conseqüente determinado” (ÁVILA, 2022, p. 77).

2.4.3 Aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas

A tese da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais parte do pressuposto de que não há necessidade de conformação destes pelo direito privado para que possuam aplicabilidade. Assim, para essa corrente, os direitos fundamentais “vinculam, por isso, também o tráfego do direito privado imediatamente” (NIPPERDEY in HECK, 2012, p. 59).

Portanto, a diferença deste modelo para o de aplicabilidade indireta seria o seguinte:

A grande diferença entre o modelo de aplicabilidade direta e modelo de efeitos indiretos, visto anteriormente, consiste na desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos entre particulares. Essa é uma diferença fundamental, já que, mesmo sem o material normativo de direito privado, ou mais ainda, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si (SILVA, 2011b, p. 89).

Apesar da defesa pelos apoiadores desta tese da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, ou seja, sem a necessidade de intermediação de outras normas para a sua eficácia em casos concretos, isso não quer dizer que cada um e todos os direitos fundamentais serão utilizados na resolução de casos concretos. A sua utilização deverá ser verificada com cuidado:

O reconhecimento fundamental do efeito absoluto dos direitos fundamentais não indica que cada direito fundamental tem de valer para o tráfego privado. Essa questão deve, para cada norma de direito fundamental particular, sob consideração de seu conteúdo concreto, sua essência e sua função em nosso país, cuidadosamente ser examinada (NIPPERDEY in HECK, 2012, p. 64).

Portanto, percebe-se que até mesmo os autores que pregam a aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais às relações privadas o fazem pedindo ao menos um exame cuidadoso e detido para sua aplicação.

Tendo sido analisados os efeitos e influxos da moderna interpretação constitucional no âmbito do direito civil no presente capítulo, iremos avançar ao próximo, onde a teoria da ponderação de Robert Alexy é objeto de exaustiva análise.

3 TEORIA DA PONDERAÇÃO NA FORMULAÇÃO DE ROBERT ALEXY

No presente capítulo, será analisada a teoria da ponderação de Robert Alexy em suas diversas facetas. O capítulo é essencial para o restante do trabalho, uma vez que se busca compreender a influência da teoria da ponderação no direito civil, com fito de se entender quais adequações deverão ser realizadas para adaptar o uso da referida teoria àquele ramo do direito.

Para tanto, as regras propostas por Alexy para a ponderação serão dissecadas e analisadas cuidadosamente, inclusive as suas famosas “fórmulas matemáticas”.

O mandado de otimização também será explicado, demonstrando como Alexy pretende maximizar a aplicação dos princípios por meio de sua teoria. Além disso, será demonstrado como se dá a aplicação prática da teoria da ponderação, percorrendo por suas diversas etapas.

3.1 A ponderação no contexto da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy

Robert Alexy construiu sua teoria da ponderação dentro do contexto contemporâneo da argumentação jurídica. A argumentação jurídica seria “um caso especial do discurso prático geral” (ATIENZA, 2006, p. 172). Ou seja, se o discurso prático é uma atividade racional voltada à fundamentação e justificação de uma determinada posição, então a argumentação jurídica levaria essa atividade racional ao direito.

Evidentemente, o controle dessa racionalidade é difícil e suscita questões das mais diversas:

Em suma, o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornaram tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida (BARROSO, 2009, p. 368-369).

Apesar da dificuldade da construção do controle dessa racionalidade, em especial no âmbito constitucional, Alexy desenha uma proposta própria de sua argumentação jurídica, que possui a pretensão de ser racional.

Sua proposta parte da teoria do discurso de Habermas, cuja base é “uma pragmática universal que tenta reconstruir os pressupostos racionais, implícitos no uso da linguagem” (ATIENZA, 2006, p. 161). Nesse sentido, explica James E. Herget:

A teoria discursiva se iniciou em 1970 com os escritos de Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas. Em um primeiro momento, se tratava de uma teoria puramente filosófica, uma tentativa de se conseguir uma base última para a verdade e valores morais através de uma técnica procedimental. A sua implicação para a teoria do direito era, no entanto, clara. Essas implicações foram apropriadas por Robert Alexy em sua tese de doutorado, a Teoria da argumentação jurídica, que foi publicada em 1975. Desde essa época tem havido considerável dose de discussão a respeito dessa teoria na literatura da filosofia jurídica alemã. Alexy continua a publicar e permanece como um líder da teoria (HERGET, 1996, p. 44).

No entanto, apesar de utilizar das ideias de Habermas como base, Alexy apresenta um “catálogo sistematizado de regras [...]” (BUSTAMANTE, 2005, p. 73), que faz parte de um “sofisticado esquema teórico para distinguir, selecionar e estruturar argumentos” (BUSTAMANTE, 2005, p. 73).

O primeiro grupo de regras sistematizadas por Robert Alexy para sua teoria do discurso são aquelas chamadas por ele de “regras fundamentais.” Essas regras estruturariam o restante da argumentação jurídica que será levada a cabo.

Nas palavras do autor:

- A validade do primeiro grupo de regras é a condição de possibilidade de toda comunicação linguística que trata da correção ou da verdade:
- (1.1) Nenhum falante pode se contradizer.
 - (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo que ele próprio acredita.
 - (1.3) Todo falante que emprega um predicado F a um objeto A deve estar preparado para empregar F a todo objeto que se assemelha a A em todos os aspectos relevantes.
 - (1.4) Falantes diferentes não podem usar a mesma expressão em sentidos diferentes. (ALEXY, 2019, p. 47).

As “regras fundamentais” serviriam como base para qualquer tipo de comunicação, envolvendo ou não um caso jurídico. Percebe-se aqui uma pretensão de universalidade do autor, uma vez que cria regras que são “válidas para qualquer discurso, seja monológico ou dialógico, considerando-se fundamentais pelo caráter elementar nelas presente” (BUSTAMANTE, 2005, p. 80).

Por meio dessas regras se buscam as condições de “correção ou de verdade”. Ou seja, busca inicialmente estabelecer os fatos. Porém, nos alerta Perelman e Olbrechts-Tyteca que não é possível dar uma definição do que seja fato. Para estabelecer o que seja, dependerá de um acordo entre os participantes do discurso:

Não seria possível nem conforme ao nosso propósito dar de fato uma definição que permita, em todos os tempos e em todos os lugares, classificar este ou aquele dado concreto como sendo um fato. Cumpre-nos, ao contrário, insistir em que, na argumentação, a noção de “fato” é caracterizada unicamente pela ideia que se tem de certo gênero de acordos a respeito de certos dados: os que se referem a uma realidade objetiva e designariam, em última análise, citando H. Poincaré, “o que é comum a vários entes pensantes e poderia ser comum a todos”. Estas últimas palavras sugerem imediatamente o que chamamos de acordo do auditório universal. O modo de conceber esse auditório, as encarnações desse auditório que reconhecemos serão, portanto, determinantes para decidir o que neste ou naquele caso, será considerado um fato e se caracteriza por uma adesão do auditório universal, adesão tal que seja inútil reforçá-la. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2019, p. 75).

Em seguida, Alexy delinea um segundo grupo de regras, que são as chamadas por ele de “regras da razão”, por vezes traduzidas como “regras de racionalidade”. Essas regras “indicam um ideal, já que na prática não são plenamente cumpridas” (CRISTÓVAM, 2016, p. 174).

As regras da razão são as seguintes:

(2) Todo falante deve fundamentar aquilo que ele afirma quando solicitado, a não ser que ele possa apresentar razões que justifiquem uma recusa de fundamentação.

[...]

(2.1) Todo aquele que pode falar pode participar de discursos.

[...]

(2.2) (a) Toda pessoa pode problematizar toda afirmação.

(b) Toda pessoa pode introduzir qualquer afirmação no discurso.

(c) Toda pessoa pode expressar suas opiniões, desejos e necessidades.

[...]

(2.3) Nenhum falante pode ser impedido, através de coação prevaiente dentro ou fora do discurso, de exercer seus direitos estabelecidos em (2.1) e (2.2). (ALEXY, 2019, pp. 50-51)

Não se espera que o orador justifique em todas as oportunidades todas as suas afirmações, como em uma primeira leitura poderia depreender do item 2. Espera-se apenas que este possa dar uma justificativa racional a respeito daquilo que se está afirmando.

Por outro lado, as proposições 2.1 e 2.2 asseguram uma participação equânime no debate, livre de qualquer tipo de ameaça ou coação. Tais proposições são muito importantes, uma vez que asseguram uma livre circulação dos argumentos e a chance de todos participarem e construírem a argumentação que será analisada.

O terceiro grupo de regras é composto das denominadas “regras do ônus de argumentação”. São elas:

(3.1) Quem quer tratar uma pessoa A de modo diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentar isso.

[...]

(3.2) Quem ataca um enunciado ou norma que não é objeto da discussão deve indicar uma razão para isso.

[...]

(3.3) Quem apresentou um argumento está obrigado, somente quando um contra-argumento for apresentado, a apresentar novos argumentos.

[...]

(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou um comentário sobre suas opiniões, desejos e necessidades, que não se relaciona, como argumento, a um comentário prévio, tem, quando solicitado, que fundamentar o que o levou a introduzir essa afirmação ou esse comentário (ALEXY, 2019, p. 52-54).

A regra 3.1 assegura um tratamento equânime no debate. Se houver razão para diferenciação de tratamento, este deve ser justificado. As demais regras procuram não prolongar demasiadamente o debate, com a introdução de argumentos ou afirmações que nada tem a ver com o assunto. E, se esses argumentos ou afirmações foram introduzidos, deverão ser devidamente justificados, um ônus que se impõe àquele que os introduziu ou afirmou.

Dessa forma, tais regras moderam àquelas constantes em especial no grupo 2, já objeto de apresentação. A discussão deve ser aberta e democrática, é certo, porém, que não se pode fugir da técnica que deve envolver uma argumentação racional.

A respeito desse terceiro grupo de regras, diz Atienza:

O uso irrestrito das regras – especialmente das diversas variantes de (2.2) – poderia levar ao bloqueio da argumentação. É preciso, por isso, acrescentar, às anteriores, um terceiro grupo de regras de caráter essencialmente técnico (cf. Alexy 1988c, pág. 26), as regras de carga de argumentação (*die argumentationsregeln*), cujo sentido é precisamente, o de facilitar a argumentação (ATIENZA, 2006, p. 167).

Nesse momento, antes de prosseguir a um próximo grupo de regras, Alexy estabelece o que ele chama de “formas de argumentação” que incidem no discurso prático. Afirma Atienza:

Alexy parte de que, basicamente, há duas maneiras de fundamentar um enunciado normativo singular (N):

Por referência a uma regra (R) ou então assinalando-se as consequências de N (F, de *Folge* = consequência) Mas, se se segue a primeira via, além de uma regra, deve-se pressupor também um enunciado de fato que descreve as condições de aplicação da mesma (T de *Tatsache* = caso concreto); e, se se segue a segunda, é preciso subentender também a existência de uma regra que diz que a produção de certas consequências é obrigatória ou é algo bom. Em consequência, temos estas duas primeiras formas de argumento:

4.1) T	4.2) F
$\frac{R}{N}$	$\frac{R}{N}$

[...]

Com relação à 4.1) e 4.2) – e trata-se novamente de prosseguir com o esquema de Toulmin³ – é possível que surjam disputas sobre os fatos (sobre T ou F) ou então sobre as regras. No primeiro caso, a discussão se desenvolverá na moldura de um discurso teórico. Na segunda hipótese, R poderá ser justificada, por sua vez, assinalando-se as consequências dessas regras, mais uma regra R' que exija R sob uma condição T'. Portanto, resultam duas formas de argumento de segundo nível – que também são subformas de 4):

4.3) Fr	4.4) T'
$\frac{R'}{R}$	$\frac{R'}{R}$

(ATIENZA, 2006, p. 167-168).

Além dessas 4 formas de argumentação, é possível que seja necessário o acréscimo de regras de prioridade, e, com isso, chegaremos a mais duas formas de argumentação, a 4.5) e a 4.6):

Em todos os casos de (4.1) a (4.4), subsiste a questão de saber qual deve ser a regra R, em função da qual o enunciado N será construído. Isso implica, assim, uma necessidade de ponderações e escolhas, as quais somente podem ser solucionadas se forem estabelecidas regras de prioridade (idem: 196). Essas regras de prioridade estabelecem uma relação de preferência entre duas regras (ou possíveis interpretações de uma regra) (4.5), que pode, em certos casos, ser condicionada a determinadas hipóteses – expressas numa condição C (4.6). No caso de (4.6), há uma relação de prevalência condicionada, ou seja, a regra R só irá prevalecer sobre a regra R_k quando estiver presente a condição C, quanto no caso de (4.5), a regra R prevalecerá

³ Toulmin defendia a utilização de formulações matemáticas (modelos) para avaliar se um argumento é válido ou não, ou mesmo a superioridade de um argumento em relação a outro.

sobre Rk independentemente de qualquer condição (BUSTAMANTE, 2005, p. 85).

Chega-se às regras de fundamentação, também chamadas em algumas traduções de regras de justificação. Elas servem como “reguladoras da aplicação das demais regras do discurso prático geral” (CRISTÓVAM, 2016, p. 177). Porém, diferente das regras do terceiro grupo aqui explicado, essas regras não servem para restringir o âmbito do que será dito, mas sim para limitar a indeterminação das proposições. As regras desse grupo são:

(5.1.1) Toda pessoa deve poder aceitar as consequências de uma regra pressuposta em um enunciado normativo por ela afirmado para satisfação dos interesses de toda e qualquer pessoa, também no caso hipotético de ela se encontrar na situação dessa pessoa.

[...]

(5.1.2) As consequências de toda regra para a satisfação dos interesses de toda e qualquer pessoa devem poder ser aceitas por todas.

[...]

(5.1.3) Toda regra deve ser ensinável aberta e geralmente.

[...]

(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem poder resistir à revisão, em uma gênese histórica crítica. Uma regra moral não resiste a uma tal revisão:

[...]

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem poder resistir à revisão de sua história individual de produção. Uma regra moral não resiste a uma tal revisão quando ela foi assumida somente com base em condições sociais que não são justificáveis.

[...]

(5.3) Deve-se observar os limites fáticos da realizabilidade.

(ALEXY, 2019, pp. 58-61)

Neste grupo de regras é possível perceber a influência de outros autores que trabalharam com as condições ideais do discurso. Em especial, pode ser notado que a “regra 5.1.2 é baseada no princípio do consenso de Habermas e a regra 5.1.3 está ligada ao princípio da publicidade de Baier” (CRISTÓVAM, 2016, p. 178).

Finalmente, chegamos ao sexto e último grupo de regras, as de transição. Neste grupo busca-se resolver um problema prático de que nem sempre existem situações que são passíveis de solução por meio da argumentação. Assim, busca-se uma abertura possível, em três regras:

(6.1) é possível a qualquer momento que todo participante passe a um discurso teórico (empírico).

(6.2) é possível a qualquer momento que todo participante passe a um discurso linguístico-analítico.

(6.3) é possível a qualquer momento que todo participante passe a um discurso teórico-discursivo. (ALEXY, 2019, p. 61)

Importante levar em conta que o autor se utiliza, em sua teoria da ponderação, de postulados teóricos de sua “teoria da argumentação jurídica”, onde defende que a argumentação jurídica deve ser racional e que o “juiz deve atuar sem arbitrariedade” (ALEXY, 2011, p. 39).

Dessa maneira, para o autor, a utilização da teoria da ponderação seria uma forma válida de argumentação racional, por meio da qual o juiz poderia chegar a uma decisão judicial que teria uma justificativa fundamentada nos postulados da razão.

A forma resultante tem por base os direitos fundamentais, “na medida em que tenham caráter de princípio” (ALEXY, 2015b, p, 120). Como visto anteriormente neste trabalho, direitos fundamentais podem ser utilizados como princípios de direito e, na técnica de ponderação proposta, o autor irá empregar dessa faceta dos direitos fundamentais.

Alexy entende que nos casos difíceis, por conta da discricionariedade dada ao intérprete, mais de uma decisão pode ser considerada legítima, em contraposição a Dworkin, que entendia existir apenas uma decisão correta. Nesse sentido:

Para Alexy, os princípios jurídicos possibilitam abertura no sistema jurídico, admitindo para os casos difíceis, certa margem de discricionariedade, ou seja, por via da ponderação duas ou mais soluções jurídicas devem ser consideradas legitimamente válidas para o sistema. Em contrapartida, Dworkin elabora a questão dos princípios sempre tendo em vista a integridade do ordenamento, sua utilização não é conflitiva (daí a impossibilidade de se utilizar a ponderação), os princípios conferem coerência e integridade ao sistema jurídico, conduzindo a interpretação para aquilo que o jusfilósofo nomeou de única resposta correta. Assim, em Dworkin, mesmo perante casos difíceis, não se pode admitir como válidas mais de uma única decisão para o caso judicial (ABBOUD; CARNIO; DE OLIVEIRA, 2019, p. 460).

De qualquer maneira, mesmo havendo (para Alexy) a possibilidade de mais de uma decisão legítima para o sistema, a argumentação jurídica deve limitar o campo das incertezas ao introduzir normas e regras de interpretação:

Por isso, mostra-se racional a introdução de formas e regras especiais da argumentação jurídica, sua institucionalização como Ciência do Direito e sua inclusão no contexto dos precedentes. Dessa forma, na área da incerteza deixada pelas normas jurídicas, pode-se limitar ainda mais a área do possível discursivamente. (ALEXY, 2011, p. 280)

Apesar de o autor afirmar que por meio da introdução de normas e regras de interpretação é possível limitar a área do que é “possível discursivamente”, o próprio afirma pela impossibilidade de uma certeza definitiva no direito, uma vez que os contextos de interpretação seriam variados (ALEXY, 2011, p. 246).

Dentro deste arcabouço teórico desenvolvido, surge a pretensão de correção do discurso jurídico. Alexy afirma que “uma sentença judicial formula necessariamente uma pretensão à correção” (ALEXY, 2009, p. 89).

A respeito da pretensão da correção de Alexy, Bustamante afirma:

A pretensão de correção que se sustenta nas decisões judiciais abarca, conseqüentemente, dois aspectos:

- a) Que a decisão se fundamente corretamente à luz do direito válido, independentemente de como este tenha sido criado; e
- b) Que o direito válido seja racional ou justo.

Assim, uma decisão que aplica uma lei injusta ou irracional não satisfaz a pretensão de correção em todos os aspectos, e padece portanto de um defeito jurídico; não deixa de ser uma decisão jurídica válida, mas é uma decisão defeituosa porque não atende à pretensão de correção presente (implícita ou explicitamente) em todo discurso jurídico (BUSTAMANTE, 2005, p. 91-92).

Dessa forma, qualquer teoria discursiva do direito deve almejar criar um modelo onde se justifique racionalmente as decisões que estão sendo tomadas:

Correção significa justificabilidade. Logo, ao levantar uma pretensão de correção, o direito também levanta uma pretensão de justificabilidade. Ao reconhecer essa pretensão, ele não apenas aceita uma obrigação geral de justificação em princípio; ele também sustenta que essa obrigação está cumprida ou pode ser cumprida. A pretensão de correção, portanto, inclui não apenas uma mera afirmação de correção, mas uma garantia de justificabilidade. A pretensão de correção, portanto, inclui não apenas uma mera afirmação de correção, mas uma garantia de justificabilidade. (ALEXY, 2022, p. 228)

Uma racionalidade absoluta das decisões é algo que se poderia entender por utópico. No entanto, podem ser utilizados procedimentos que limitem o campo do possível, para que as decisões sejam racionais.

Dada esta situação e a necessidade de decidir existente de fato, é racional (isto é, fundamentável num discurso prático), concordar com um procedimento que limite o campo do possível discursivamente da maneira mais racional possível. Exemplo de tal procedimento são as normas jurídicas (materiais e processuais) elaboradas mediante os princípios da maioria da representação (ALEXY, 2011, p. 280).

3.2 O modelo de ponderação proposto por Robert Alexy

Tendo em vista o contexto atual da discussão a respeito da argumentação jurídica, bem como a construção própria de Alexy neste âmbito, chegamos ao modelo de ponderação defendido pelo autor.

Como visto, a teoria da argumentação jurídica defendida por ele parte do pressuposto de que as decisões judiciais devem poder ser justificáveis. Com esses pressupostos em mente, o autor inicia o desenvolvimento de seu modelo de ponderação.

O modelo de ponderação do autor alemão procura otimizar a utilização dos princípios, de maneira que os mesmos possam ser aplicados no maior grau possível, a depender do caso concreto:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2015b, p. 90-91).

A diferenciação de princípios e regras é bastante marcada na aplicação do chamado “mandado de otimização” contido implicitamente nos princípios. Os princípios devem ser realizados de acordo com a sua possibilidade fática e jurídica no maior grau possível, de acordo com o caso concreto.

O “mandado de otimização”, por vezes também chamado de “concordância prática”, tem implícita a ideia de tentativa de harmonização dos valores em jogo para sua máxima proteção:

Neste contexto, também aparece a concordância prática como a finalidade que deve direcionar a ponderação: o dever de realização máxima de valores que se imbricam. Esse postulado surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para

sentidos contrários. Daí se falar em dever de harmonizar os valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo. Como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles (ÁVILA, 2019, p. 187).

A partir da colisão de princípios, a não utilização de um deles no caso concreto é “meramente episódico. Os princípios colidentes continuam em vigor, validamente” (FONTELES, 2022, p. 131). Dessa maneira, um princípio pode (e deve) ser aproveitado novamente em outra colisão que o envolva, no futuro, mesmo que tenha sido aplicado em um grau bastante baixo no caso concreto presente.

Por sua vez, um princípio que tenha sido aplicado no grau máximo em uma colisão pode ser aplicado em um grau mínimo em uma colisão futura. Dessa forma, percebemos que a validade de um princípio é aferível apenas quando da colisão.

O modelo de ponderação e de otimização dos princípios pode ser definido como um procedimento de mútua restrição de normas jurídicas:

Portanto, quando Alexy fala de ponderação de princípios, está se referindo a um procedimento de restrição (e mútua adaptação) de normas jurídicas que, por estabelecer um estado ideal de coisas (e, assim, prometem mais do que é possível fazer), necessitam ser restringidas diante de normas de igual natureza que, num caso concreto, tenham mais peso ou importância. Trata-se de um método específico de aplicação de normas jurídicas específicas (princípios), que, por estabelecerem um dever de otimização, exigem um método de aplicação diferente (BUSTAMANTE, 2008, p. 83).

As regras, no modelo proposto por Alexy, não se enquadrariam na ideia de otimização, de forma que seriam designadas pelo autor como “mandamentos definitivos”:

Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designados como “mandamentos definitivos”. Sua forma característica de aplicação é a subsunção (ALEXY, 2009, p. 85).

É de se observar ainda a possibilidade de solução do conflito entre regras por meios da introdução, em uma delas, de uma cláusula de exceção (DALLA BARBA, 2018, p. 78-79). Segundo Alexy, “O fato de uma regra sempre prevalecer sobre outra

em determinados casos, sem com isso retirar desta seu vigor, significa que ela estatui uma exceção” (ALEXY, 2019, p. 161).

A respeito da utilização prática da cláusula de exceção, Alexy emprega um exemplo bastante didático:

Um exemplo de um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio (ALEXY, 2015b, p. 92).

A aplicação das regras se daria dentro do contexto tradicional da subsunção do fato à norma. Com isso, seria necessário a verificação do suporte fático jurídico que dá ensejo à aplicação dessa, e, em se verificando, a norma seria prontamente aplicável.

Além da tradicional utilização da subsunção quando da aplicação das regras, Alexy propõe a aplicação de métodos também bastante tradicionais de interpretação para se descobrir qual a regra é aplicável, tais como a regra de que a lei posterior derroga a lei anterior e que a lei especial derroga a lei geral (ALEXY, 201b, p. 93).

Entre as características das regras estariam o fato de elas terem uma dimensão de validade, enquanto os princípios têm uma dimensão do peso. Além disso, as regras expressariam deveres definitivos, enquanto os deveres dos princípios seriam apenas *prima facie* (FONTELES, 2022, p. 131). Apesar disso, existe doutrina que sustenta que as regras também teriam um caráter *prima facie*, mas menos acentuado:

Os princípios possuem uma dimensão de peso, e podem ser cumpridos em graus diferentes. Por isso, pode-se dizer que eles têm um caráter *prima facie* muito mais acentuado, pois sua superabilidade (em face de princípios opostos) é natural e imanente às situações de aplicação, eis que a todo momento os princípios são restringidos ou maximizados, tanto pelo legislador quanto pelo juiz. As regras, por seu turno, não possuem essa dimensão de peso ou importância, mas descrevem hipóteses que, salvo situações excepcionais, leva a consequências certas e determinadas. Seu caráter *prima facie* é menos acentuado, pois sua superabilidade é excepcional. *Princípios são normas teleológicas – classe não originalmente vislumbradas por Kelsen; regras são normas hipotéticas* (grifos no original) (BUSTAMENTE, 2008, p. 254-255).

A validade *prima facie* dos princípios implica que, no caso de uma colisão, algum princípio irá ceder em relação a outro. Diferente das regras que serão consideradas inválidas em caso de sua não aplicação ou introduzidas na regra uma cláusula de exceção, os princípios continuarão com sua validade *prima facie* intacta após qualquer colisão, mesmo que um princípio tenha, em um caso concreto, cedido face a outro.

Ao mesmo tempo que se fala de restrição da aplicação dos princípios quando de uma colisão, é importante notar que estes podem ter, ao contrário, seu caráter *prima facie* reforçado por meio “da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios” (ALEXY, 2015b, p. 105). Percebe-se aqui a grande importância atribuída à carga argumentativa que for trazida aos autos para a solução do conflito entre princípios colidentes.

Afinal, através da análise dos argumentos trazidos, o julgador poderá valorar a carga argumentativa de cada um deles e atribuir o peso para estes dentro do caso concreto, para, então, poder efetuar a resolução da colisão.

Importante reafirmar que só há possibilidade de colisão entre princípios,⁴ uma vez que apenas estes possuem a dimensão do peso. O conflito entre regras não se trata de uma colisão no sentido atribuído aos princípios, mas de mera determinação a respeito de qual a regra aplicável ao caso concreto.

3.2.1 A colisão de direitos fundamentais

Alexy se utiliza de dois casos julgados pelo Tribunal Constitucional Alemão para exemplificar a aplicação prática da colisão entre direitos fundamentais. O primeiro caso é a respeito da impossibilidade de comparecimento de um réu em uma audiência de instrução processual.

Por um lado, temos o princípio da obrigatoriedade da correta instrução processual, que deve ser cumprida por parte do Estado, de maneira que o comparecimento do réu em uma audiência é, *prima facie*, obrigatório.

Por outro lado, o réu também tem o direito *prima facie* de preservação de sua saúde e incolumidade física, de maneira que a depender da enfermidade, sua

4 Para Humberto Ávila, existiria a possibilidade de colisão entre regras. Somente o modo de colisão é que seria diferente (ÁVILA, 2019, p. 152).

presença em uma audiência processual poderia implicar danos a esses direitos fundamentais.

Dessa forma, o Tribunal Constitucional Alemão chegou à conclusão, dando precedência ao princípio da garantia da saúde e incolumidade física, que deveria ser sobestado o procedimento, com a não realização da audiência (ALEXY, 2015b, p. 98).

Isso não quer dizer, em absoluto, que fica derogado o princípio da correta instrução processual. Pelo contrário. Ele continua plenamente válido e deverá ser aplicado. No entanto, apenas nesse caso em concreto outro princípio constitucional terá prevalência sobre ele.

Se o caso tivesse sido julgado atualmente, com os recursos tecnológicos disponíveis, talvez a solução tivesse sido outra. Ao ponderar os princípios em colisão, o Tribunal poderia ter determinado a realização da audiência, porém, com a utilização de videoconferência, de maneira que o acusado poderia participar da mesma, porém sem risco à sua incolumidade física.

Assim, se maximizaria a aplicação de dois princípios: com um sacrifício mínimo à instrução processual (que, no máximo, seria adiada em algumas semanas), se conseguiria manter incólume a aplicação do princípio da proteção à saúde e a incolumidade física.

Nem sempre será possível a manutenção da aplicação praticamente integral dos dois princípios em colisão, como na solução proposta acima. No entanto, o intérprete deverá sempre tentar prestigiar a carga valorativa de ambos, em uma solução que irá ampliar ao máximo possível a aplicação destes.

Para a determinação de qual dos princípios terá prevalência sobre o outro, “o Tribunal Constitucional Alemão utiliza-se da muito difundida metáfora do peso” (ALEXY, 2015b, p. 97). A ideia de que quando da colisão de princípios a estes deve ser atribuído um peso, já havia sido bem desenvolvida por Dworkin, como visto anteriormente neste trabalho (DWORKIN, 2010, p. 43).

Com essa ideia em mente, Alexy continua a desenvolver seu argumento a partir de fórmulas que se assemelham a equações matemáticas, onde afirma que, se sob determinadas condições (C) um princípio (P1) terá precedência sobre o princípio (P2). Porém, em outras condições (C), o princípio (P2) terá precedência sobre o princípio (P1).

Assim, justificando-se em um modelo matemático, Alexy tenta convencer o leitor de que seu sistema será totalmente racional⁵ e com isso controlável. Afinal, como ele mesmo afirma, um sistema deverá ter uma pretensão de correção. Ou seja, deverá ser justificável do ponto de vista racional.

No entanto, é patente que, apesar de a fórmula tentar achar uma resposta racional, o fato é que existirá uma margem alta de discricionariedade judicial, uma vez que a valoração das condições (C) ficará a cargo totalmente do julgador, que poderá decidir por um maior peso pelo princípio P1 ou P2.

O segundo caso analisado por Robert Alexy foi o denominado “Lebach”. Neste caso, um condenado por um crime demandava uma emissora de televisão alemã objetivando impedir que essa exibisse um programa relatando o ocorrido. O caso chegou ao Tribunal Constitucional Federal alemão e foi por esse julgado.

Assim, haveria uma tensão latente entre o direito constitucional à liberdade de informação (usado hermeneuticamente aqui como princípio – P1) e o direito à personalidade e à ressocialização do condenado, também direito constitucional e também usado aqui como princípio (P2). A constatação dessa situação de tensão de dois princípios constitucionais foi a primeira etapa da ponderação efetuada, ou como chamado pelo tradutor de Alexy para o português, “sopesamento” (ALEXY, 2015b, p. 100).

Na primeira etapa, então, o intérprete irá detectar as normas que se encontram em situação de colisão:

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. Relembre-se que a norma não se confunde com o dispositivo: por vezes uma norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo. Por seu turno, um dispositivo isoladamente considerado pode não conter uma norma ou, ao revés, abrigar mais de uma. Ainda nesse estágio, os diversos fundamentos normativos – isto é, as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo (BARROSO, 2022, p. 326).

⁵ Esse pensamento da racionalidade resolvendo todos os problemas da humanidade remete ao iluminismo.

Complementando o trecho acima a respeito da primeira etapa, apresentamos a visão de Humberto Ávila a respeito desta:

A primeira fase é da preparação da ponderação (*abwägungsvorbereitung*). Nessa fase devem ser analisados todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. É comum proceder-se a uma ponderação sem indicar, de antemão, o que, precisamente, está sendo objeto de sopesamento. Isso, evidentemente, viola o postulado científico da explicitude das premissas, bem como o princípio jurídico da fundamentação das decisões, ínsito ao conceito de Estado de Direito (grifos no original) (ÁVILA, 2019, p. 187)

Na segunda etapa, o Tribunal trata da valoração das condições do caso fático, que é definido na formulação de Alexy como (C). Nesta etapa, o Tribunal valora que existe uma precedência geral do direito de informação (P1) sobre o direito da proteção à personalidade e à ressocialização (P2), porém, é chegado à conclusão de que o direito geral de informação não é absoluto (ALEXY, 2015b, p. 101).

Nesta etapa, o intérprete dará grande enfoque na relação entre as circunstâncias concretas e os elementos normativos que estão em jogo:

Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Relembre-se, na linha do que foi exposto anteriormente, a importância assumida pelos fatos e pelas consequências práticas da incidência da norma na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma, em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. (BARROSO, 2022, pp. 326-327).

Com isso em mente, chegamos à etapa final, a terceira etapa, e nela será efetuada a decisão a respeito do caso. Sobre isso, afirma Barroso:

É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos no caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda

decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade* (grifos no original) (BARROSO, 2009, p. 361-362).

Tendo em vista que a precedência do direito à informação não é absoluta e que os crimes relatados ocorreram no passado, o Tribunal chega à conclusão de que como não há interesse atual nele, a repetição da notícia é proibida (ALEXY, 2015b, p. 102).

Como visto no trecho citado de autoria de Luiz Roberto Barroso, o fio condutor de todo o procedimento é a proporcionalidade. Dessa forma, passaremos a analisar o citado princípio instrumental.

3.3 A proporcionalidade

A proporcionalidade é um postulado interpretativo de grande importância, pois permite “avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela praticada pelo poder público” (CRISTÓVAM, 2016, p. 232).

A aplicação prática desse postulado como forma de avaliar a adequação de necessidade fica clara na colisão de princípios tal como idealizada por Robert Alexy. Afinal, um dos princípios terá preponderância sobre outro (que deverá ceder), de acordo com o peso atribuído a ele: “Nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência” (ALEXY, 2015b, p. 94).

O peso será atribuído de acordo com a relação de precedência determinada pela proporcionalidade aplicável ao caso concreto. Nesse sentido:

A proporcionalidade é o recurso utilizado por Alexy para estabelecer qual princípio prevalecerá em caso de conflito. O escopo da proporcionalidade é determinar qual dentre os interesses conflitantes (localizados abstratamente no mesmo nível) terá, no caso concreto, maior peso, garantindo, a cada princípio em colisão, a máxima aplicação diante das circunstâncias fático-jurídicas postas (ABBOUD, 2021, p. 303)

A proporcionalidade (em sentido *lato*) é dividida em três máximas: a máxima da adequação, a da necessidade e a da proporcionalidade em sentido estrito (MENDES; BRANCO, 2019, p. 225).

Todas elas são utilizadas no contexto da ponderação de valores de Robert Alexy como forma de otimização dos princípios que estão sendo postos em conflito:

A natureza dos princípios como comandos de otimização conduz diretamente a uma conexão necessária entre os princípios e o exame da proporcionalidade. A máxima da proporcionalidade, que nas últimas décadas tem obtido um reconhecimento internacional cada vez maior na prática e na teoria da jurisdição constitucional, consiste em três máximas parciais: a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Todas as três máximas parciais expressam a ideia de otimização. Por essa razão, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e vice-versa (ALEXY In TRIVISONNO; SALIBA; LOPES, 2018, p. 4).

Cada uma dessas máximas é utilizada em uma etapa do procedimento que tentará justificar racionalmente as decisões que envolvam direitos fundamentais. É importante notar que tais máximas são utilizadas em ordem cronológica, primeiramente se aplicando à máxima parcial da adequação, em seguida à máxima parcial da necessidade e, por fim, à máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito (FONTELES, 2022, p. 126).

As etapas devem ser utilizadas em ordem cronológica, uma vez que, se adotadas em sequência, irão permitir um controle da racionalidade de justificação do resultado alcançado com o processo de sopesamento.

A utilização dessas máximas em ordem cronológica é essencial, uma vez que uma máxima posterior irá depender do esgotamento da análise da máxima anterior. Assim, a análise da proporcionalidade se constrói passo a passo.

Passaremos à análise de cada uma das máximas parciais.

3.3.1 A adequação

Entre as máximas parciais da proporcionalidade em sentido *lato*, encontramos a da adequação. A adequação é relativa à possibilidade do meio utilizado pelo Estado na resolução do conflito concreto de atingir o objetivo que está sendo perseguido. Ou seja, “ministra critério para se averiguar a legitimidade da intervenção sobre um direito fundamental, reclamando que a razão que norteia essa interferência seja satisfeita

com a restrição que se operará sobre o princípio afetado” (GONET BRANCO, 2009, p. 172).

Em raciocínio a *contrário sensu*, uma medida que não resulte no atingimento da finalidade pretendida não pode ser considerada como adequada, de forma que não irá preencher o ditame da máxima da adequação. Portanto, o julgador deverá ter em mente o objetivo que pretende atingir, ou seja, o valor que pretende preservar nesta fase da análise.

Apesar de a adequação buscar que os objetivos sejam efetivamente realizados, não se exige uma real concretização. O que se exige é que o objetivo seja ao menos promovido, fomentado (FONTELES, 2022, p. 126). Assim, quando da análise de um ato promovido pelo poder executivo, por exemplo, ele será considerado adequado se ao menos promover o bem jurídico tutelado.

Podemos imaginar uma situação em que o poder executivo promova uma licitação para a compra de remédios que estão em falta em determinada localidade. Mesmo que o número de remédios comprados não seja o suficiente, ao menos se promoveu o direito constitucional à saúde. Portanto, a compra de remédios se mostraria adequada, apesar de insuficiente.

A adequação, portanto, irá levar em consideração apenas se a medida está (ou não) conseguindo fomentar o bem constitucional protegido. Se a medida escolhida é o melhor meio para se atingir o desiderato, ou se ela será eficaz, é objeto de análise da próxima máxima, a da necessidade (CRISTÓVAM, 2016, p. 232).

3.3.2 A necessidade

A máxima parcial da necessidade, também chamada de exigibilidade, é o segundo passo de análise da proporcionalidade. Assim, considerando que uma medida é adequada, deverá ser examinado se “entre os meios alternativamente possíveis para se implementar um fim F, exigido por um princípio P1, deve-se adotar aquele que menos restrição implique ao princípio P2” (BUSTAMANTE, 2008, p. 103).

Um meio que possibilite a realização de uma finalidade é, como visto, o adequado. Mas será que esse meio implicará em um sacrifício desnecessário a um outro princípio também constitucionalmente protegido? Será que não existe outro meio que poderá ser utilizado que implicará um menor sacrifício ao outro princípio considerado na ponderação?

Essas perguntas deverão ser respondidas pelo intérprete nessa fase da análise do caso concreto. Deve-se ressaltar que, não é porque um princípio foi considerado de menor peso que ele poderá ser totalmente desconsiderado sem uma maior análise. Como visto anteriormente neste trabalho, o resultado de uma ponderação poderá implicar uma total inutilização de determinado princípio em um dado caso concreto.

No entanto, antes de tal medida, o intérprete deverá tentar dar uma solução que consiga maximizar todos os princípios em jogo. Assim, pelo panorama da necessidade, a restrição de determinado princípio somente ocorrerá até a imprescindível restrição dele, não mais.

Portanto, trata-se da solução de menor gravidade que será utilizada para promover o objetivo pretendido. Não se pode, para alcançar um fim (por mais legítimo que seja), simplesmente restringir desnecessariamente um outro direito. Nesse sentido:

O controle de constitucionalidade de uma limitação normativa ou administrativa deve aferir se a atuação legislativa ou executiva – além de imprescindível à garantia do exercício do direito fundamental protegido – se apresenta como o instrumento mais eficaz e menos gravoso aos cidadãos. A simples maximização de um direito fundamental não legitima a restrição de outro, havendo que se questionar acerca da necessidade da providência restritiva, ou seja, se outros instrumentos garantidores do direito a ser implementado não acarretariam menor gravame ao direito limitado.

Não é constitucionalmente permitida a adoção de intervenções excessivamente restritivas a direitos dos cidadãos, simplesmente a pretexto de garantir o alcance do fim visado pela lei. A certeza de satisfação da finalidade legal não legitima a adoção de medidas que, sem necessidade real, afetam sensivelmente os direitos fundamentais. O Estado não está autorizado a valer-se de quaisquer meios para garantir o resultado pretendido, devendo agir com senso de oportunidade e razoabilidade, elegendo aquela providência que em menor escala limite direitos fundamentais dos cidadãos (CRISTÓVAM, 2016, p. 239).

Quando se elege um princípio a ser protegido, deve-se ter em conta que o outro princípio a ser sacrificado também possui base constitucional em se tratando de princípios extraídos de direitos fundamentais. O ideal, em um Estado democrático de direito, é que os aplicadores da lei, assim como os demais agentes públicos, visem promover ao máximo os direitos fundamentais.

No entanto, por vezes, um princípio entra em choque com o outro, de maneira que um deles deve ser restringido. Porém, a restrição deve ser sempre a mínima possível conforme o caso concreto.

3.3.3 A proporcionalidade em sentido estrito

O intérprete, ao atingir essa fase de análise, estará no núcleo, no cerne da proporcionalidade. Aqui será efetuada a ponderação entre os elementos em jogo. Neste terceiro passo deve-se “ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro” (ALEXY, 2015a, p. 133). Percebe-se que apenas pode-se chegar nesse passo após o necessário cumprimento das etapas anteriores de análise.

Na análise da máxima da adequação, o intérprete se perguntava apenas se a medida seria apropriada para o atingimento do fim pretendido; e, enquanto na análise da máxima da necessidade o intérprete iria examinar se não existe uma restrição excessiva a outro direito fundamental; aqui, “essa máxima expressa o que significa a otimização no que diz respeito às possibilidades jurídicas” (ALEXY In TRIVISONNO; SALIBA; LOPES, 2018, p. 5).

Assim, o juízo do intérprete irá considerar duas variáveis: o meio e o fim. Ambos estarão em jogo. A restrição de um bem jurídico constitucionalmente protegido deverá se justificar face à busca por outros objetivos também tutelados pelo sistema da carta maior. Ao mesmo tempo, um atingimento em menor grau desses objetivos outros poderá ocorrer, se o intérprete entender que no caso concreto não se deverá sacrificar tanto o outro princípio (princípio contraposto) em jogo.

A respeito da interpretação dessas variáveis, afirma Helenilson Pontes:

Diante deste aspecto do princípio da proporcionalidade, o intérprete-aplicador do direito verifica se a limitação sofrida por um bem jurídico constitucionalmente tutelado, como consequência de uma medida estatal (fundada na busca de um interesse público válido e *a priori*) justifica-se concretamente diante dos objetivos gerais traçados no sistema constitucional. Investiga-se, concretamente, a existência de fundamento constitucional para o grau de limitação imposto a um bem jurídico constitucionalmente tutelado, como justificativa para a busca de finalidade protegida por outro bem constitucional.

A proporcionalidade em sentido estrito veicula a ideia de conformidade no processo de interpretação-aplicação do Direito, porquanto exige a apreciação concreta dos bens jurídicos em colisão, observadas as peculiaridades reais da questão submetida à decisão. Estes aspectos do princípio da proporcionalidade permitem ao intérprete-aplicados do direito formular um balanceamento dos princípios jurídicos constitucionais em oposição, buscando a melhor e mais justa decisão do caso concreto, segundo os objetivos gerais de cada respectiva ordem jurídica e da ideologia constitucionalmente por ela adotada (PONTES, 2020, p. 118-119).

Aqui mais uma vez se vê o caráter *prima facie* dos princípios constitucionais. Enquanto em um plano meramente abstrato os princípios deverão ser sempre prestigiados e perseguidos, mas quando confrontados com outros princípios, estes poderão ser aplicados em grau menor ou maior, conforme as peculiaridades do caso concreto.

Nesta terceira fase, a da proporcionalidade em sentido estrito, é que finalmente um princípio será contraposto face a outro e o intérprete deverá maximizar até onde for possível a aplicação de cada um dos princípios. Afinal, cada um é uma ordem direcionada ao intérprete e se espera que ela seja cumprida ao máximo, tanto quanto possível (FONTELES, 2022, p. 123).

3.3.4 Da necessidade de um procedimento decisório transparente para os casos difíceis

Os casos difíceis implicam decisões que não possuem resposta clara na legislação, de forma que, como visto, não podem ser resolvidas por mera subsunção do fato à norma. Ou a subsunção do fato à norma se mostra insuficiente para que se revele a melhor solução haja vista a existência de diversos princípios que se encontram em colisão.

Portanto, existe a necessidade de um procedimento claro para a resolução desses casos difíceis. Reza a constituição que, sob pena de nulidade, todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas:

Art. 93 [...] IX - IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (*grifos nossos*)

Assim, na adoção da teoria da ponderação como resolução de casos difíceis pelo judiciário, este deverá deixar claro todo o *iter* percorrido, justificando claramente cada etapa vencida, bem como o peso dado a cada princípio.

Por outro lado, negar a aplicação da teoria da ponderação e simplesmente tomar uma decisão sem nenhuma base, poderia implicar um arbítrio por parte do julgador, o que não é constitucionalmente aceito.

Nesse sentido:

Por conseguinte, conhecer e descrever como se realiza o processo de ponderação é uma atitude muito mais racional e democrática que negá-la, pois mostra ao jurista as opções valorativas que realmente são tomadas no ato de aplicação do direito: no caso, a opção de proteger uma posição (direito) em detrimento de outra. É, assim, atitude mais elucidativa porque nos permite ver, com clareza, que a corte realiza um direito à custa do outro, maximizando uma posição e restringindo outra (apesar de mantê-las, ambas, intactas para casos futuros). Se tratássemos todos os direitos em questão como regras, essa escolha se “até que ponto” se privilegia uma posição sobre outra, permanecendo obscura e, portanto, muito menos passível de controle e fiscalização racionais (BUSTAMANTE, 2008, p. 123).

Uma justificativa transparente e coerente, além de ser constitucionalmente necessária, é também uma forma de se permitir uma evolução na argumentação jurídica, uma vez que os advogados, ao conhecerem as posições das cortes em determinados casos, irão se preparar e efetuar uma argumentação jurídica mais condizente com o pensamento do tribunal.

A justificativa também deve ser democrática, uma vez que tal fator é uma exigência argumentativa, por ampliar a esfera de discussão.

Por outro lado, a sociedade irá compreender até que ponto um princípio constitucional foi sacrificado face a outro, de modo a compreender que um direito foi restringido, uma vez que existe outro direito que foi maximizado.

3.4 Aplicação da ponderação na jurisprudência brasileira

Para aplicar a teoria da ponderação no direito civil, inicialmente, os tribunais devem reconhecer a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Isso porque, como visto, a técnica de ponderação de Robert Alexy se utiliza dos direitos fundamentais como princípios, que devem ser sopesados.

Ocorre que tal aplicabilidade já tem sido comumente reconhecida no âmbito dos tribunais nacionais, após um período de evolução do entendimento a respeito do tema. Afirma Gustavo Tepedino:

A maturação dos estudos acerca da Constituição da República, de 1988, e suas potencialidades, bem como a superação do entendimento, segundo o qual o Direito Público e Privado seriam opostos e incomunicáveis, levou à gradual aplicação das normas constitucionais às relações privadas (TEPEDINO, 2011, p. 100).

Nesse sentido, o STF, em trecho de importante decisão, expressamente dispôs: “Os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados” (STF, RE n. 201.819, 2ª T, Relatora ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11/10/05).

Dessa maneira, superada a questão sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, chega-se à forma que tem sido utilizada a teoria da ponderação no âmbito do direito civil pela jurisprudência brasileira. Para tanto, serão analisados alguns casos julgados pelo STF.

No primeiro caso analisado, a ADI 4815, que decidiu a respeito da questão das bibliografias, a ponderação de valores foi expressamente mencionada:

O direito admite técnicas de ponderação dos valores que demonstram que os arts. 20 e 21 do Código Civil, para os quais se pede interpretação conforme a Constituição da República, para a produção de obras biográficas literárias ou audiovisuais independentemente da autorização prévia, somente podem ser tidos como legitimamente válidos e subsistentes no sistema jurídico se afastada aquela exigência para o tema específico (STF, ADI 4184, Tribunal Pleno, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 10/06/2015).

No acórdão, os ministros demonstraram ciência a respeito de toda a evolução da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e até mesmo citaram o caso Lüth. No entanto, em nenhum momento se utilizaram como recurso argumentativo das diversas fases da técnica de ponderação no formato imaginado por Alexy.

Por outro lado, no julgamento do RE 349.703, que tratou sobre prisão civil do devedor infiel, no voto do Ministro Gilmar Mendes, são passados por todos os passos do exame da proporcionalidade em sentido lato, como a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Com isso, foi feito um exame a respeito de qual princípio em jogo foi atribuído maior peso no caso concreto, entre o direito de liberdade do devedor e o direito de crédito do credor. Em importante trecho, fica bastante clara a utilização da ponderação como forma de resolução do caso por parte do Ministro:

A restrição à liberdade individual do fiduciante, neste caso, não é justificada pela realização do direito de crédito do fiduciário. A análise da violação à proporcionalidade em sentido estrito, dessa forma, é realizada pela ponderação entre a liberdade individual do fiduciante e o direito de crédito do fiduciário (decorrente do direito à propriedade e do postulado da segurança jurídica)

[...]

A colisão entre liberdade do devedor e patrimônio do credor resolve-se, no caso concreto, em prol do direito fundamental daquele. A prisão civil do fiduciante só se justificaria diante da realização de outros valores ou bens constitucionais que necessitem de maior proteção tendo em vista as circunstâncias da situação concreta, como, por exemplo, o valor da assistência familiar no caso da prisão do devedor inadimplente. Não, porém, nas hipóteses em que vise à mera recomposição patrimonial do credor-fiduciante.

Tem-se, aqui, o primado da liberdade individual (STF, RE 349.703, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Carlos Brito, Relator do acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 05/06/2009).

Apesar desse voto, os demais ministros justificaram em seus votos, a sua posição por outros argumentos que não envolveram a teoria da ponderação de Robert Alexy.

Em outro caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a ADI 6031, que tratou sobre transporte de cargas, a respeito de quem seria a obrigação de pagar pelo “vale-pedágio” também foi tratada da ponderação de valores.

Neste interessante caso, a Ministra relatora, Cármen Lúcia, se refere expressamente a tal técnica, falando a respeito da sua utilização quando da colisão de direitos fundamentais, porém, diz não ser aplicável ao caso:

Na espécie, não verifico princípios constitucionais em conflito a ensejarem a ponderação e a análise na dimensão do peso para se integrar a norma com fundamento na proporcionalidade. Na dimensão da validade, não há normas conflitantes aptas a afastarem a aplicabilidade do dispositivo legal impugnado (STF, ADI 6031, Tribunal Pleno, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 27/03/2020).

Esta decisão corretamente afastou a aplicação da ponderação, uma vez que não estavam em jogo princípios constitucionais, mas meramente uma atribuição de custos em transações mercantis entre atores privados. Como Alexy muito bem pontua, os casos chamados “simples” são resolvidos por meio da hermenêutica jurídica tradicional.

Nos casos trazidos, fica patente que a ponderação de Robert Alexy é bastante conhecida no Supremo Tribunal Federal, sendo invocada até mesmo para justificar a

sua não utilização. Porém, não é sempre que todo o caminho previsto pelo doutrinador alemão é trilhado em sua integralidade.

No presente capítulo foi abordada a teoria da ponderação de Robert Alexy em seus diversos aspectos, passando por suas bases teóricas, bem como a formulação defendida pelo autor para a teoria. No próximo capítulo será feita uma análise das consequências da aplicação da ponderação no direito civil, bem como uma proposta de adaptação.

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL

O presente capítulo possui por objetivo compreender como se dará na prática a aplicação da teoria da ponderação no direito civil, de forma a assegurar a segurança jurídica, porém sem perder de vista a necessidade de se maximizar os princípios fundamentais.

Com isso, serão analisadas as funções próprias da boa-fé e da segurança jurídica como determinantes para o comportamento dos particulares. Também se buscará entender a necessidade que estes possuem de saber previamente as consequências prováveis de seus atos jurídicos, para construir a ideia de que os particulares não podem ficar à espera de uma decisão *post-factum*, muitas vezes anos após a relação jurídica ter sido entabulada, para saber quais são os seus direitos.

A partir daí, será compreendida a teoria da Constituição como moldura do doutrinador alemão Ernst-Wolfgang Böckenförde, que será utilizada em nossa construção de uma adequação da teoria da ponderação no âmbito do direito civil.

Essa adequação levará em conta a importância da teoria da ponderação na ampliação de direitos fundamentais, ao mesmo tempo que a necessidade de se compatibilizar a segurança jurídica esperada do direito civil com a maximização dos direitos fundamentais.

4.1 A segurança jurídica necessária ao direito civil x indeterminação gerada pela ponderação de valores

A codificação do direito civil, como visto anteriormente no presente trabalho, partiu de uma ideia de racionalizar a prática jurídica. Uma legislação lógica, bem organizada, onde o cidadão possa conhecer de antemão seus direitos e deveres e a consequência jurídica de seus atos, gera segurança jurídica, que é essencial para que este possa saber como se comportar.

Nessa mesma linha, J. J. Canotilho, ressalta a importância da segurança jurídica para o dia a dia do cidadão:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica (CANOTILHO, 2003, p. 257).

O direito civil logrou muita segurança jurídica, por conta da estabilidade de seus institutos. Obviamente, isso não quer dizer que não exista opiniões conflitantes na doutrina ou ainda julgados em sentidos diversos. O significado do que seja a “segurança jurídica” varia imensamente, porém, pode ser definida como uma “elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas” (ÁVILA, 2014, p. 139).

A segurança jurídica pode ser dividida entre segurança jurídica dinâmica e estática. A segurança jurídica estática protege os negócios jurídicos já ocorridos, enquanto o “tráfego negocial é resguardado pela segurança jurídica dinâmica (SIQUEIRA, MALLMANN, 2022, p. 28).

Para o direito civil é importante que ambos os aspectos da segurança jurídica estejam resguardados, uma vez que aquele que efetua uma transação com um terceiro quer que essa transação seja segura (aspecto dinâmico), bem como quer que, após a conclusão da transação, que ela esteja resguardada (aspecto estático).

Podemos imaginar o caso de uma pessoa que adquire um imóvel. Ela deseja inicialmente que sua transação seja a mais segura possível. Após o registro da escritura e a obtenção da posse sobre o imóvel, ela irá desejar que sua posse não seja incomodada, nem sua propriedade reivindicada por um terceiro.

Do conceito acima exposto por Humberto Ávila, percebemos que contém a expressão “alto grau de previsibilidade”. Não significa que a segurança jurídica será sempre alcançada. Não quer dizer ainda que as decisões ou o entendimento jurídico serão sempre os mesmos. Apenas e tão somente se extraí do conceito de que deve haver muita confiança na perspectiva usual de desfecho jurídico da relação.

A segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais não interessam apenas ao direito civil. Também são premissas básicas ao funcionamento de um Estado que se pretenda ser um Estado de direito. Nesse sentido, Joseph Raz indica dois princípios que sempre devem estar presentes em qualquer “Estado de Direito”:

- (1) Todas as leis devem ser para o futuro, abertas e claras. As pessoas não conseguem se guiar por leis retroativas, uma vez que as mesmas não existem no tempo da ação. Algumas vezes se

sabe com certeza que uma lei retroativa será sancionada. Quando isso ocorre, a retroatividade da lei não conflita com o Estado de Direito (apesar de que pode ser alvo de objeção por outras razões). A lei deve ser aberta e publicizada adequadamente. Se uma lei deve guiar um povo, então esse deve saber o que a lei é. A mesma razão vale para a clareza da lei. Uma lei vaga, imprecisa obscura ou ambígua provavelmente irá confundir quem deseja ser guiado por ela.

- (2) As leis devem ser relativamente estáveis. Elas não devem ser mudadas com muita frequência. Se elas forem trocadas frequentemente as pessoas irão achar difícil compreender o que a lei é em um determinado momento e estarão constantemente com medo de que a lei mude a partir do último momento que elas compreenderam o significado da lei. Mas o mais importante ainda é o fato de que as pessoas devem saber o que a lei é não apenas para decisões de curto prazo (onde estacionar um carro, quanto álcool podem comprar em um *duty free* etc.) mas também para planejamento de longo prazo (*tradução própria*) (RAZ, 2009, p. 214).

Em contraponto com a segurança jurídica e estabilidade alcançada após séculos de aplicação do direito privado, a ponderação de valores é criticada pela insegurança em suas decisões, uma vez que a mesma é “transformada em alibi teórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos” (STRECK, 2016, p. 134-135).

Por conta de tal subjetivismo, a efetividade do direito se encontraria enfraquecida, uma vez que esta depende da sua observância habitual: “O relevo da eficácia do direito já se pudera a mostra entre os romanos: O decreto de Graciano previa que as leis só se fazem firmes pela observância habitual” (DIP, 2012, p. 56).

Como tentativa de rebater seus críticos, Alexy se esforça ao máximo para (tentar) racionalizar o processo, com a utilização de fórmulas matemáticas e com a criação de postulados diversos advindos de sua concepção da argumentação jurídica.

No entanto, existirá sempre uma determinada dose de discricionariedade dada ao julgador. Essa dose de discricionariedade é incita a qualquer julgamento, seja com a utilização da teoria da ponderação ou não, uma vez que julgar é um ato de vontade (BARROSO, 2022, p. 457).

Porém, a atribuição dos pesos, por mais que se utilize das citadas fórmulas matemáticas e dos detalhados postulados de argumentação jurídica desenvolvidos, acaba por adicionar uma dose ainda maior de discricionariedade no julgamento, uma vez que a atribuição de um peso maior ou menor a um princípio ou outro será um ato

discricionário. Aliás, a própria escolha dos princípios a serem sopesados/ponderados muitas vezes é um ato discricionário:

Esse é o problema. O sopesamento. Quem escolhe os princípios a serem sopesados? Numa palavra: dizer que a ponderação é um elemento caracterizador do neoconstitucionalismo está correto. Mas é exatamente por isso que, nos moldes em que situo o Constitucionalismo contemporâneo, não há espaço para a ponderação.

Desse modo, afastei-me do neoconstitucionalismo porque ele aposta em elementos não democráticos, como a ponderação e a discricionariedade judicial. Ou seja, a grande pergunta não é respondida pelas teses neoconstitucionalistas: Quem controla aquele que controla ou diz por último o que a lei (ou a Constituição) é? A pergunta que acrescento é anterior: No caso de ponderação, *quem escolhe os princípios a serem ponderados?* E quais pesos a serem conferidos a cada um dos princípios para a construção da regra de ponderação? (*grifos no original*) (STRECK, 2016, p. 139).

Reforçando isso tudo, como visto anteriormente em outro capítulo deste trabalho, o direito constitucional (de onde se extraem os princípios que serão ponderados) é feito de conceitos propositadamente abertos que possibilitam a adaptação da constituição aos novos tempos.

Dessa forma, a ponderação acaba gerando decisões pouco previsíveis, o que gera insegurança jurídica. O que se deseja em todos os ramos do direito é exatamente o oposto, que as pessoas possuam segurança jurídica em suas relações sociais.

Muitos tribunais “a pretexto de trabalharem em um paradigma neoconstitucionalista, argumentam com fundamento em valores e lançam mão da proporcionalidade, abandonando a legalidade[...]” (ABBOUD, 2021, p. 305). Esse “abandono da legalidade” acaba por ter efeitos nefastos na segurança jurídica própria do direito civil.

No direito civil, para que se obtenha segurança jurídica, o arcabouço jurisprudencial e doutrinário deve ser mantido com um aprimoramento paulatino através dos costumes.

Criticando o subjetivismo da teoria da ponderação, afirma Eros Grau:

A atribuição de peso menor ou maior a um ou outro princípio é, então, opção entre indiferentes jurídicos, exercício de discricionariedade, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de juízos de legalidade.

A explicitação desses dois momentos – o momento das normas jurídicas gerais, e o momento da norma de decisão –, não obstante expletiva, deixa claro que a ponderação entre princípios é pura expressão de

subjetivismo de quem a opera, optando por um ou outro deles, escapando ao âmbito dos juízos de legalidade (GRAU, 2021, p. 117).

Habermas, no mesmo sentido de Eros Grau, entende que a ideia de utilização dos princípios como mandados de otimização, na forma como proposta por Alexy não seria possível de um controle racional, sendo o julgamento transformado em mera preferência. A solução, para o autor alemão, seria a aplicação dos princípios por meio de um discurso que seria pautado pela universalidade. (BUSTAMANTE, 2006).

A escolha subjetiva do julgador ao decidir sobre o peso dado a cada um dos princípios constitucionais acabaria deslocando o âmbito de decisão da sociedade do poder legislativo para o poder judiciário (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 136). Tal deslocamento teria a indesejada consequência de não mais se saber de antemão qual a regra aplicável para determinado caso concreto, minando a boa-fé e a segurança jurídica.

Comentando a respeito da posição de Böckenförde, Paulo Gustavo Gonet Branco diz:

Essas convicções foram desenvolvidas, logo mais, por Böckenförde, em trabalhos doutrinários. Neles, o autor cerra fileiras com os que sentem embaraço em adotar uma teoria axiológica dos direitos fundamentais, em face da abertura desmedida que o método franquearia para opiniões e ideais subjetivas dos juízes, desprovidas de possibilidade de controle racional eficaz. O recurso aos valores estaria inevitavelmente enredado em intuições e emoções impermeáveis ao compartilhamento discursivo (GONET BRANCO, 2009, p. 69).

Assim, a associação de direitos fundamentais a valores seria pouco mais do que “o caminho encontrado para encobrir deliberações judiciais desvestidas de rigor jurídico” (GONET BRANCO, 2009, p. 69). Sem rigor jurídico nas decisões judiciais, não podemos esperar a segurança jurídica, nem muito menos que a boa-fé dos particulares em suas relações jurídicas entabuladas serão prestigiadas.

Indo mais longe, Uwe Diederichsen, civilista alemão crítico da ponderação, chega a afirmar que a ponderação equivaleria a um “golpe de estado metodológico”:

Para poder submeter o direito civil aos direitos fundamentais, era necessária uma mudança do paradigma básico, ou seja, converter direitos defensivos em valores fundamentais. Justificar a submissão do direito civil com base nesse entendimento totalmente alterado com o auxílio do art. 3º, sessão 1 da Constituição Federal alemã, que contém a expressão “direitos fundamentais” apenas como elemento de suporte fático, dado a importância do direito civil e do princípio da

separação dos poderes, **equivale a um golpe de estado metodológico**, na medida em que altera os princípios fundamentais de um determinado sistema político e o entendimento a respeito da constituição (*grifos nossos*) (*tradução própria*) (DIEDERICHSEN, 1998, p. 226).

De qualquer forma, o corte epistemológico do presente trabalho faz com que investiguemos não o deslocamento de competências constitucionais do poder legislativo ao poder judiciário em si e suas consequências no âmbito do princípio constitucional da separação de poderes, mas a insegurança que tal fato gera causa por conta da alteração da base normativa o direito, de um direito legislado e posto, para um direito criado pelo judiciário, com base em fundamentos neoconstitucionais, o que causa insegurança jurídica.

Nesse sentido:

Neste ponto, o neoconstitucionalismo, apesar de comprometido com a proteção dos direitos fundamentais, institui conceitos ampliadores da discricionariedade judicial reabrindo perigosa janela para a ascensão de interpretação judicial sem limites (ABBOUD, 2021, p. 273).

Além da crítica ao subjetivismo decisório gerado pelo uso da teoria da ponderação, existe ainda a crítica relativa a seu uso equivocado:

Neste contexto, não surpreende que, embora citada *ad nauseam* pela doutrina e pelos tribunais, não seja possível encontrar uma decisão sequer aplicando a regra da ponderação. Há milhares de decisões (e exemplos doutrinários) fazendo menção à ponderação, que, ao fim e ao cabo, é transformada em álibi teórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos. Em diversas oportunidades critiquei o abuso do que por aqui chamamos de “ponderar”. Ao diagnóstico, já se agregava até levantamento empírico: Fausto de Moraes mostra que nossa Suprema Corte, nas quase duzentas vezes que lançou mão da ponderação nos últimos dez anos, *em nenhum dos casos o fez nos moldes propostos pelo seu criador alemão (grifos no original)* (STRECK, 2016, p. 135).

Reforçando essas críticas ao uso equivocado da ponderação, afirma Abboud pelo seu uso até mesmo para resolver colisões entre regras, além de uma descaracterização geral da sua utilização no Brasil:

Mais do que isso, importamos técnicas – como a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy – e a descaracterizamos, ampliando seu espectro para além do sopesamento entre princípios eventualmente em colisão, para abarcar, também, potencial conflito entre regras. Sem dizer, que até hoje, não vislumbramos nenhuma decisão judicial brasileira que tenha efetivamente aplicado a

ponderação de Alexy, seguindo rigorosamente as instruções do próprio autor. Infelizmente, grande parcela do imaginário jurídico segue a crença de que casos fáceis se resolvem por subsunção e de que os difíceis por ponderação, mas a partir do artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil, parece-nos, que até mesmos os “fáceis” podem receber solução fruto da ponderação de regras, o que seria inimaginável até mesmo por Robert Alexy (ABBOUD, 2017, p. 4).

Existe implícita uma noção, muito presente nas teorias neoconstitucionalistas em geral, de que a prática jurídica se resumiria, principalmente, a atuação dos juízes (SANTOS, 2021, p. 122).

Apesar dessa noção, em especial no que diz respeito ao direito civil em particular, e ao direito privado em geral, ela não corresponde à realidade. A imensa maioria dos fatos com repercussão jurídica que ocorrem não são levados à esfera do judiciário.

As pessoas compram e vendem, contratam serviços variados, contratam financiamentos, se casam, divorciam⁶, fazem testamentos, emitem notas promissórias, alugam imóveis, dão aval e fiança, enfim, tudo sem passar pelo judiciário. Apenas quando existe uma divergência, um conflito, tal fato é levado à corte. E, apesar da hiperjudicialização existente no Brasil, ainda assim o direito ocorre em grande parte fora dos corredores dos fóruns.

Nesse sentido:

Na condução de suas vidas, os cidadãos dependem do Direito. E eles não desejam simplesmente aguardar de maneira passiva as decisões *ex post factum* dos agentes estatais sobre o modo apropriado de preencher o formulário fiscal ou quais são as doenças preexistentes que estão excluídas da cobertura de um determinado seguro. Ao contrário, querem participar ativamente da prática jurídica, compreendendo o significado das normas jurídicas, utilizando-as como guias de conduta e avaliando criticamente a conduta dos demais participantes a partir dos parâmetros normativos devidamente estabelecidos. (GALVÃO, 2014, posição 5304, edição eletrônica kindle).

As pessoas possuem confiança que aquilo que sempre foi cumprido continuará sendo. Elas entendem que o direito está posto de determinada forma, e irão conduzir suas vidas com base em suas crenças e costumes. Muitas vezes, esses costumes e

⁶ Divórcio pode ser feito extrajudicialmente no Brasil desde 2007. Desde então, a maioria dos divórcios hoje não passam pelo judiciário.

práticas com repercussão jurídica são até mesmo *contra legem*, ou simplesmente carecem de regulamentações, mas são levados a cabo mesmo assim.

Em diversos ramos jurídicos, o particular somente toma conhecimento do direito em caso de conflito (HABERMAS, 1997, p. 243). Em especial no direito civil, as pessoas conduzem seus negócios simplesmente conforme uma noção individual de justo e do que elas representam como direito. As relações privadas são interpessoais, de maneira que o Estado muito pouco interfere ou toma conhecimento desses negócios. Muitas vezes, o Estado apenas sabe que tais negócios ocorreram quando impõe um tributo sobre a transação.

Ainda dentro da normalidade jurídica (ou seja, quando não há conflito) se avulta a função dos delegatários extrajudiciais, ou seja, os tabeliães e oficiais de registro. Apesar de sua atuação ser pública e agirem como *longa manus* do Estado, intervindo em negócios privados, sua função possui natureza jurídica de particular em colaboração com o poder público. Assim, até nos cartórios, onde passam boa parte dos negócios jurídicos de direito civil, a atuação é eminentemente particular.

Dessa maneira, deve-se prestigiar sempre a autonomia privada das pessoas, sob pena de se entender que elas não possuem capacidade de conduzir por si mesmas seus negócios. Pelo contrário, a melhor pessoa a decidir como será conduzido um negócio é a própria:

O juiz não está aparelhado para decidir sobre um negócio jurídico com o mesmo nível de informação, expertise e interesse (inclusive egoístico) que o detido pelas partes contratantes. Sua entrada para corrigir, limitar ou coadjuvar a autonomia privada é aceitável e se faz presente desde o século XIX (RODRIGUES JR, 2019, p. 559, edição eletrônica kindle).

A originalidade judicial leva a efeitos bastante nocivos, como a possibilidade de uma pessoa ser prejudicada pela criação de um dever novo, criado pelo judiciário após a ocorrência do fato:

A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será

punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato (DWORKIN, 2010, p. 132).

Portanto, o cidadão não pode ficar à espera de uma interpretação jurídica que ocorrerá após a ponderação feita pelo poder judiciário, depois de anos de tramitação. E, quando essa interpretação judicial chegar, dificilmente ela terá a estabilidade do direito legislado, uma vez que “o direito judiciário é casuístico, de modo frequente “causal”, descontínuo, e, em grande medida, dependente da sorte de determinados casos concretos” (CAPPELLETTI, 1993, p. 83).

Por outro lado, não é factível pensar que os tribunais possuem uma “omnisciência” divina em se entender todos os aspectos da sociedade, de forma que consigam ponderar, em substituição aos contratantes, melhor que estes, todos os aspectos de um negócio jurídico entre particulares:

Enquanto “mandamentos de otimização”, os princípios exigem uma centralização de conhecimento na instituição tribuna, que não é mais condizente com a complexidade social atual de extrema fragmentação social. Ao revés, a sociedade atual clama uma crescente necessidade de descentralização e cooperação (LADEUR; CAMPOS In CAMPOS, 2016, p. 117).

As pessoas devem ter liberdade para errar e acertar. Para fazer negócios jurídicos bons e ruins. Deve-se dar liberdade às pessoas e não esperar que a “benevolência” do julgador (após anos de tramitação do processo) irá resolver o conflito da melhor maneira. Substituir a liberdade de cada particular pela decisão do julgador tem o efeito perverso de deslocar o protagonismo no direito civil para o poder público:

A substituição da vontade pela tutela da dignidade humana como centro de gravidade do direito privado desloca, em larga medida, o protagonismo do indivíduo para o Estado. É certo que a preservação da dignidade é um dever que se estende a atores privados. No entanto, concebida como o centro do sistema de direitos fundamentais da constituição e dotada de um papel dúplice – já que à dignidade humana são atribuídos os papéis de limite e de programa normativo na ordem jurídica brasileira -, ela torna o Estado prioritariamente responsável pelo estabelecimento de estado de coisas marcados pela afirmação, reconhecimento, preservação e fomento (LEAL, 2015, p. 145).

Em contraposição a essa intervenção estatal desarrazoada, Edmund Burke, à época da Revolução Francesa já defendia as virtudes advindas do livre-arbítrio, que deviam ser cultivadas individualmente:

É preferível cultivar a virtude e a humanidade, deixando muito ao livre-arbítrio, mesmo com alguma perda para o objeto, do que tentar reduzir os homens a meras máquinas e instrumentos de uma benevolência política. Todo mundo ganhará com uma liberdade sem a qual a virtude não pode existir (BURKE, 2014, p. 121).

Jorge Lavocat Galvão recomenda que se evite ao máximo a utilização da ponderação, para que o intérprete não imponha à sociedade suas preferências valorativas: “Considera-se, assim, que a utilização de argumentos de política e de ponderação de valores deve ser evitada ao máximo para que o intérprete não imponha suas preferências valorativas na sociedade” (GALVÃO, 2014, posição 5097, edição eletrônica Kindle).

Apesar da recomendação do citado autor, entendemos que é possível a utilização da teoria da ponderação de valores sempre que necessário. Porém, todo o exposto deixa claro toda a margem de discricionariedade e os problemas causados pela instabilidade do julgamento. A aplicação da colisão dos direitos fundamentais entre particulares hoje carece de parâmetros hermenêuticos de decisão:

Sem embargo, **é muito importante traçar parâmetros e standards par esses casos de colisão**, com o objetivo de fornecer pautas que **possam estreitar as margens de discricionariedade judicial**, ampliando a segurança jurídica e estabelecendo critérios para o controle social e a crítica pública das decisões judiciais proferidas nesse campo. O estabelecimento desses standards, especialmente no caso brasileiro, parece-nos de importância ímpar. **De fato, se, por um lado, a jurisprudência pátria vem caminhando para o reconhecimento de uma ampla eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, por outro, ela o tem feito praticamente sem qualquer fundamentação jurídica.** As decisões parecem basear-se mais numa intuição de justiça dos juízes do que numa argumentação jurídica sólida. É preciso avançar nesse ponto, para construir alicerces mais firmes nessa matéria, tornando a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado intersubjetivamente controlável, e, na medida do possível, relativamente independente dos humores e das inclinações espirituais e ideológicas dos magistrados (*grifos nossos*) (SARMENTO, 2016, p. 261).

Dessa forma, é de todo necessário se fazer uma proposta de adequação da ponderação de valores e o direito civil. Para chegar nesse desiderato, além de todo o

exposto no presente trabalho até o momento, iremos passar ao estudo da ideia da constituição como moldura, o que se fará a seguir.

4.2 A Constituição como moldura

Entre as concepções a respeito do papel da constituição nas variadas ordens jurídicas, se encontra a ideia da Constituição como moldura. A concepção da Constituição como moldura de determinada ordem jurídica pode ser utilizada nos diversos ramos do direito. Porém, em especial no direito civil, existe uma possibilidade interessante de adequação da superioridade constitucional com os preceitos tradicionais desse ramo do direito.

A concepção da constituição como moldura é muitas vezes utilizada “como uma alternativa à teoria dos princípios, especialmente na forma como desenvolvida por Robert Alexy”. (SILVA, 2011b, p. 116). Apesar desse uso normalmente em oposição, entendemos que é possível que se chegue a uma acomodação, como se verá.

Quando se fala de “constituição-moldura”, evidentemente se utiliza uma metáfora. Essa metáfora explica de maneira suficiente a ideia hermenêutica que se encontra plasmada na expressão.

Primeiramente, deve-se ter em mente que a Constituição, “considerando seu grau de elaboração normativa, é fragmentária e incompleta” (*tradução própria*) (BÖCKENFÖRDE, 2006, p. 67-68). Portanto, não se pode esperar que a Constituição contenha todo o ordenamento jurídico. Pelo contrário. A Constituição como norma fundamental, contém apenas aquilo que é o considerado mais importante para uma sociedade. Ou seja, a Constituição delimita o jogo político e garante os direitos básicos mais importantes do cidadão. Mesmo a prolixa Constituição Brasileira de 1988 possui 250 artigos. O código civil possui mais de dois mil.

Obviamente, a Constituição não regula todos os aspectos do direito. E ela reconhece tal fato, uma vez que delineia as condições para a promulgação de leis e outros atos normativos inferiores. A promulgação de leis dependerá da atividade política ordinária. A “Constituição não elimina a política, apenas lhe coloca uma moldura” (GRIMM, 2006, p. 10).

Portanto, a Constituição reconhece a atividade política, mas coloca limites a ela. O legislador ordinário poderá, dentro dos limites constitucionais (logo, dentro da

moldura), “pintar” o quadro que desejar. Assim, “à jurisdição constitucional cabe apenas a tarefa de controlar se o legislador age dentro da moldura” (SILVA, 2011b, p. 116). O caráter fragmentário e incompleto da constituição faz com que a ordem jurídica seja completada pelo ordenamento infraconstitucional.

Nesse sentido:

Esse caráter da Constituição, fragmentário sob vários pontos de vista, tem como consequência que nela necessariamente está ausente diversos conteúdos estruturantes típicos do direito. Considerando esse ponto de vista, juridicamente a constituição é uma ordem moldura (*rahmenordnung*), ou seja, estabelece apenas condições-moldura e regras procedimentais para a sociedade e para a decisão política. A constituição dispõe sobre a relação fundamental entre indivíduos, entre o Estado mas não contém qualquer regulamentação sobre a execução de tais direitos em sentido judiciário ou administrativo. (*tradução própria*) (BÖCKENFÖRDE, 2006, p. 68-69).

Tal concepção do papel da Constituição não deixa de reconhecer que ela se encontra no topo do sistema jurídico de um país. Pelo contrário, reconhece a importância dela na vida social e política ordinária. Porém, segundo tal concepção, de um lado a Constituição irá servir de parâmetro para a disputa política-democrática que deverá ocorrer no dia a dia, de outro, a Constituição servirá como limite para o “quadro” que o legislador ordinário e o administrador (ou seja, o chefe do poder executivo) irão “pintar”.

Novos direitos não seriam advindos da Constituição. Esses dependeriam da disputa política legislativa do dia a dia. A Constituição “não deveria ser transformada em fonte contínua de novas designações de conteúdos de direitos fundamentais ou, mesmo, de novos direitos” (LADEUR; RIBEIRO In CAMPOS, 2016, p. 200).

Por conta dessa ideia, o maior nome na defesa da Constituição-moldura, Ernst-Wolfgang Böckenförde, estaria fazendo a defesa de uma utilização mais liberal e tradicional dos direitos fundamentais, como direito de defesa (LADEUR; RIBEIRO In CAMPOS, 2016, p. 202). Tal afirmação é repetida por diversos autores que analisam o trabalho do ex-ministro da corte Constitucional alemã.

Realmente, Böckenförde entende que os direitos fundamentais devem ser utilizados principalmente em sua dimensão oriunda do liberalismo econômico, ou seja, como direitos de liberdade em face do Estado, como ele mesmo afirma (BÖCKENFÖRDE, 2017, p. 236).

No entanto, daí se interpretar que o entendimento a respeito dos direitos fundamentais em sua concepção liberal não permite que se “criem” novos direitos por meio de decisões judiciais parece ser equivocada.

Afinal, a Constituição-símbolo das Constituições liberais, a americana, possui em seu *Bill of Rights* a previsão de que a enumeração dos direitos nela prevista não impedem o reconhecimento de direitos outros, conforme texto literal da IX emenda: *The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*

Böckenförde tenta uma adequação do texto constitucional, fragmentário por sua natureza, a um Estado democrático de direito sob os auspícios de uma constituição que garante o direito de seus cidadãos, mas não regula completamente (segundo ele) a vida destes.

Nesse sentido, a Constituição não teria força para harmonizar diferentes posicionamentos. Tal concepção é diametralmente oposta àquela pregada por Alexy, que parte do pressuposto que é possível colidir e extrair regras jurídicas da colisão de princípios, em especial de princípios constitucionais.

Nas palavras de Böckenförde:

De qualquer forma, a Constituição, ao organizar a vida política de um Estado e regulamentar as relações básicas entre o Estado e o cidadão, é uma moldura regulatória. Neste caso, ela não contém previamente em si mesma o material que leva a harmonização de diferentes posições, mas apenas define certos marcos, em especial posições defensivas e pontos de referência para a resposta a injustiças. Por esta perspectiva, a Constituição não é a fonte da ordem jurídica como um todo. Tudo isso, conforme a perspectiva que a Constituição é um instrumento de defesa contra o Estado [...]

A consequência desse entendimento para o dever da Corte Constitucional é obvio: Se a Constituição se limita a criar uma moldura, a corte, que deve resguardar a Constituição, está barrada de preencher essa moldura, e especialmente de sopesar direitos individuais (BÖCKENFÖRDE, 2017, p. 264-265).

A função da Corte Constitucional, por esse entender, seria bastante relevante, uma vez que teria o poder de indicar até onde seria o limite do legislador em regulamentar a vida social. No entanto, em relação ao defendido por Alexy, seu papel seria reduzido, uma vez que não haveria uma determinação de regra retirada após uma colisão de princípios. A regra seria aquela estabelecida pelo legislador ordinário.

Assim, a Constituição-moldura seria incompatível com a teoria da ponderação de princípios:

Segundo Starck e outros críticos da teoria dos princípios, essa teoria seria incompatível com a ideia de constituição como moldura, visto que o conceito de otimização, pressuposto da teoria dos princípios, elimina qualquer liberdade do legislador em definir o modo de compatibilizar e realizar os direitos fundamentais, inclusive nas relações entre particulares, pois se há sempre uma solução ótima para a realização e harmonização dos direitos fundamentais, *ao legislador e ao aplicador do direito não sobra nenhuma alternativa a não ser escolher essa única decisão ótima*, sob pena de ver sua decisão ser substituída pela do tribunal constitucional. A teoria dos princípios levaria, assim, à justificabilidade de todas as questões político-legislativas, o que a tornaria incompatível com qualquer liberdade do legislador em todos os campos do direito que envolvessem contato com os direitos fundamentais (SILVA, 2011b, p. 118).

Claro que o entendimento favorável à Constituição-moldura (em uma análise perfunctória) seria muito mais adequado a todo o dito no presente trabalho sobre a segurança jurídica, uma vez que as regras já postas positivamente pelo legislador, têm uma função de pré-decidir o conflito: “regras tem como função pré-decidir o meio de exercício de poder, elas afastam a incerteza que surgiria não tivesse sido feita essa escolha” (ÁVILA, 2019, p. 141). Aos particulares, bastaria a leitura da regra para saber qual a solução posta em um caso de direito civil. Dessa maneira, a sua certeza negocial seria bem maior do que no caso de uma colisão de princípios *post-facto*.

No entanto, novamente se chega a um problema por diversas vezes trabalhado no neoconstitucionalismo: Em diversas situações não há propriamente um conflito de regras, pois não há regras para o caso concreto, ou se está diante meramente de um conflito entre princípios jurídicos. Assim, mais uma vez, uma interpretação do ordenamento jurídico por meio de teorias de argumentação jurídica se faz necessário e presente.

E, se qualquer forma, existe a necessidade de se deixar claro um marco regulatório para quando será considerado que existe um conflito entre princípios (utilizando-se da ponderação) e quando será utilizado apenas as regras postas dentro do direito civil.

A posição aqui trabalhada é que existe a possibilidade de harmonização da ideia de Constituição-moldura e a técnica de ponderação de princípios, conforme passaremos a expor.

4.3 Uma proposta de adequação

A constitucionalização do direito civil é fenômeno inescapável na atualidade, como visto. Tal fenômeno não deve ser combatido pelos operadores do direito privado, mas sim entendido para que as adequações necessárias sejam feitas.

Na presente etapa deste trabalho, se apresenta uma proposta de adequação da teoria da ponderação, técnica hermenêutica típica do neoconstitucionalismo, à interpretação específica do direito civil.

Sem parâmetros mínimos, a “racionalidade corre o risco de aparecer como um suporte hermenêutico ocioso ou, pior ainda, como expressão da solução arbitrária para soluções arbitrárias” (TEPEDINO, 2019, p. 289).

Na proposta aqui apresentada, se mantém a segurança jurídica típica deste ramo do direito e a sua previsibilidade secular, ao mesmo tempo em que se busca uma ampliação da eficácia dos ditames constitucionais.

O objetivo é evitar a ocorrência da erosão do direito privado pelo direito público, nos moldes como diz Hoppe:

Com o estabelecimento do “direito público” (incluindo o direito constitucional e o direito administrativo) não apenas como lei, mas também como uma lei “superior”, ocorre uma erosão progressiva do direito privado; i.e. desencadeia-se uma crescente subordinação do direito privado ao direito público, bem como um crescente deslocamento daquele para este (HOPPE, 2014, p. 59).

A erosão do direito privado possui como consequência nefasta, por exemplo, o aumento de preços de produtos aos consumidores, uma vez que toda a insegurança jurídica gerada não é suportada economicamente pelo empresário, visto que este repassa os custos àqueles.

As incertezas a respeito dos julgamentos acabam por influenciar a atividade econômica. A adoção da presente proposta ajudaria a reduzir os custos econômicos produzidos pela incerteza típica da ponderação. A respeito disso, muito bem diz Ronald Coase:

Nesses casos, os tribunais influenciam a atividade econômica de modo direto. Por conseguinte, pareceria ser benéfico que os tribunais tivessem uma boa compreensão das consequências econômicas de suas decisões, bem como que, na medida do possível, sem criar demasiada incerteza sobre a decisão jurídica em si, levassem em conta essas consequências ao tomar suas decisões (COASE, 2016, p. 119).

Para a redução das incertezas geradas pela teoria da ponderação, propõe-se a adoção de uma solução que possui duas etapas de utilização. Como visto, por diversos motivos jurídicos e, até mesmo, econômicos, a redução da incerteza jurídica é de grande importância para a sociedade.

Em um primeiro momento, se empregará a ideia da “constituição como moldura” para determinar se o caso concreto deve ou não ser interpretado utilizando-se da teoria da ponderação.

Superada a primeira etapa e concluindo-se pela utilização da teoria da ponderação, chegaremos a segunda etapa da solução. Nela, será descrita uma nova forma de determinação dos pesos dados a cada um dos princípios que são alvo da colisão.

Passaremos a descrever as duas etapas da proposta em maiores detalhes nos próximos tópicos.

4.3.1 A determinação da (não) utilização da teoria da ponderação para a resolução do caso concreto

A teoria da ponderação necessita, inicialmente, para sua utilização no direito civil, de um ponto de partida que determine se deve ou não ser aplicada a um caso concreto. Como visto anteriormente no presente trabalho, Alexy defende a aplicação da teoria da ponderação apenas aos casos difíceis (*hard cases*). Aos chamados casos fáceis, seria utilizada a técnica hermenêutica da subsunção do fato à norma (ABBOUD, 2021, p. 303), conforme se extraí de Dworkin. Nesse sentido, o problema se encontraria no uso da ponderação como único argumento, e não propriamente na teoria da ponderação.

A constituição como moldura tem sido utilizada como uma forma de oposição, ou mesmo alternativa à teoria dos princípios de Alexy (SILVA, 2011b, p. 117). No entanto, entendemos que essa não é a melhor leitura que se pode extrair do instituto.

Ao invés de oposição, vemos uma complementariedade de ambas as teorias. A teoria da constituição como moldura seria utilizada, em nossa proposta, como forma de se determinar se a teoria da ponderação deverá ser utilizada, ou se serão utilizadas as técnicas tradicionais de hermenêutica jurídica, entre elas a teoria da subsunção.

Portanto, sendo identificado pelo tribunal um caso de colisão de direitos fundamentais no âmbito do direito civil, a primeira providência do julgador seria

verificar se a solução dada pelo legislador (ou seja, a ponderação feita por aquele que representa a vontade geral do povo) é adequada constitucionalmente.

Assim, primeiramente o magistrado deverá fazer um exercício de interpretação jurídica, para determinar se a legislação aplicável aquele caso concreto de direito civil se enquadra dentro da “moldura” estabelecida pelo legislador constitucional.

Ou seja, deverá interpretar se aquela lei é constitucional ou não, de forma a determinar se o legislador “pintou” a lei dentro dos limites da moldura constitucional ou se ultrapassou esses limites.

Se a legislação estiver dentro da moldura constitucional, o magistrado deverá se utilizar desta para a resolução do caso concreto, uma vez que a “ponderação” já foi efetuada por outro poder constituído.

Mesmo que o magistrado tenha uma opinião pessoal que se oponha a solução legal, se esta for constitucional, ela deverá ser utilizada. De qualquer forma, poderá ser utilizada a ideia da aplicabilidade indireta dos princípios constitucionais como forma de complementar a hermenêutica jurídica a ser realizada.

Entender de outra forma seria transformar os tribunais, em especial o tribunal constitucional, em um “grupo político (não partidário) mais forte, um areópago, ampliando-se sua força até o ápice da soberania estatal” (BÖCKENFÖRDE, 2006, p. 252).

A transformação dos tribunais no centro do poder político, bem como seus efeitos maléficos para a democracia representativa escapam a análise do presente trabalho. No entanto, conforme já demonstrado alhures nesta pesquisa, é indesejável esse poder por parte dos tribunais em um sistema da *civil law*, como o nosso, uma vez que as pessoas entendem que o que está na lei será observado pelos tribunais.

A análise a partir da moldura constitucional será utilizada não apenas para o exame das leis, como também para os negócios jurídicos privados. Os negócios jurídicos privados, como se sabe, vinculam as partes. Esse vínculo era entendido pela doutrina tradicional como tendo a mesma força de uma lei.

O magistrado deverá determinar se o acordo de vontade entabulado entre as partes resguarda os limites da constituição ou não. Se as partes “pintaram” um negócio jurídico que esteja dentro da moldura constitucional, este não poderá ser “ponderado” pelo magistrado utilizando-se a teoria de Robert Alexy. Afinal, deve-se respeitar a autonomia privada dos contratantes.

Observamos que, mesmo que se conclua que o negócio se encontra dentro dos limites constitucionais, o magistrado poderá eventualmente determinar uma revisão do negócio jurídico, mas por base dos princípios e institutos de direito privado, tais como a onerosidade excessiva, a violação da boa-fé objetiva e outros.

A interferência em um contrato com base na legislação de direito civil é fato bastante corriqueiro e possui bases seculares. Dessa forma, as partes até mesmo esperam, quando acontece um fato imprevisto, por exemplo, que irão poder se socorrer do judiciário para rever as bases do negócio jurídico.

Por outro lado, decisões tomadas com base em princípios jurídicos são bem mais nocivas ao que se espera da segurança dos negócios jurídicos privados, uma vez que dependem muito mais de subjetividade do legislador para a solução do que decisões assentadas em legislação que passou pelo crivo de séculos.

Finalmente, devemos lembrar que como estamos trabalhando exclusivamente no âmbito do direito civil, se o negócio jurídico em análise não estiver legislado de forma específica, assim como demais casos omissos, estes poderão ser resolvidos através da parte geral do Código Civil.

De qualquer forma, o magistrado poderá determinar que a lei que seria aplicável ao caso não se encontra dentro dos limites constitucionais, da mesma forma que um negócio jurídico entabulado pelas partes também pode não estar. Nesses casos, e apenas nesses, a teoria da ponderação seria utilizada, porém com a modificação que passaremos a tratar no próximo tópico.

4.3.2 A mudança na fórmula do peso da teoria da ponderação nos casos envolvendo direito civil

Superando-se o critério da constituição-moldura, não sendo constitucional a escolha do legislador ou o pactuado entre as partes, a corte deverá se utilizar dos princípios para fazer sua decisão. Em nossa proposta, o julgador dará um peso maior à solução que privilegia a boa-fé.

Nesse caso, uma vez que a escolha do legislador ou das partes não seguiu os ditames constitucionais, ou seja, foi além da moldura constitucional, o julgador passa a ter a responsabilidade de determinar qual será a regra aplicável ao caso concreto.

Evidentemente, até pelo princípio da justificação das decisões judiciais (CF/88, artigo 93, IX), essa determinação da regra aplicável não poderá ser efetuada de

maneira que fique totalmente dependente do arbítrio do julgador. Este deverá se utilizar de todas as regras e etapas da teoria da ponderação.

Como demonstrado neste trabalho, Alexy se utiliza de fórmulas matemáticas e “leis” para demonstrar como determinar a preponderância de um princípio sobre o outro e chegar à regra aplicável ao caso concreto. Uma de suas mais famosas “leis” se encontra em seu livro “Teoria dos direitos fundamentais, e é expressa como se segue:

(K) Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: $(P1 \mathbf{P} P2) C$, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \Rightarrow R$ (ALEXY, 2015b, p. 99).

Percebemos que a fórmula utilizada para determinar que nas condições C, o princípio P1 possui precedência sobre o princípio P2 é a seguinte, extraída diretamente do texto acima: “ $(P1 \mathbf{P} P2) C$ ”.

Entendemos que para a aplicação no direito civil a fórmula deverá sofrer uma alteração. O princípio que estiver mais alinhado a uma solução que privilegie a boa-fé receberá um peso adicional.

Assim, privilegia-se a boa-fé, uma vez que ela permite uma maior previsibilidade das decisões judiciais, aumentando a segurança jurídica. A respeito da boa-fé, Menezes Cordeiro muito bem afirma:

Os jurisperitos romanos intentaram descobrir, num mar de decisões empíricas, encontradas na busca de um equilíbrio, capaz de suscitar consenso, manifestações de regularidade que, permitindo tratar o igual, por igual, e os diferentes, de modo diferente, de acordo com a medida da variação, tornassem previsíveis as saídas para litígios futuros. **Fazendo-o fundaram a ciência do direito onde, de imediato, se incluiu a boa-fé.** A tradição romanística evoluiu ao longo dos séculos, recebeu contributos cristãos e germânicos e foi inflectida pelos germes cientificadores que, desde o século XVI, dariam à cultura do ocidente um cunho que conserva. No direito, isso traduziu-se pelo domínio do pensamento sistemático consciente, em progressão, até hoje (MENEZES CORDEIRO, 2020, p. 18) (*grifos nossos*).

O peso adicional proposto será supletivo ao peso do princípio, em respeito à boa-fé que os contratantes de direito civil possuem, uma vez que tem a legítima expectativa de que sua boa-fé será protegida pelo sistema. Esse peso será representado na fórmula pela letra “A”, de peso adicional.

Assim, supondo-se que o princípio P1 seja aquele que esteja mais condigno com a solução que privilegie a boa-fé no direito civil, a fórmula ficaria expressada da seguinte forma, utilizando-se a formulação Alexyana: “(P1+A **P** P2) C”.

Isso não quer dizer que o princípio que recebeu a carga adicional irá necessariamente preponderar na ponderação a ser efetuada. Apenas quer dizer que para a corte decidir pelo outro princípio (P2 no exemplo), que não recebeu a carga adicional, ela será demandada em uma carga argumentativa adicional.

Assim, será necessária uma justificativa mais aprofundada do motivo pelo qual será decidido pelo P2, em detrimento ao P1, uma vez que este último é o princípio que representa a boa-fé dos contratantes no âmbito do direito civil, que esperam que suas legítimas expectativas em relação ao contrato serão efetivamente levadas a cabo pelo poder judiciário. Nesse caso, a formulação ficaria expressa da seguinte maneira: “(P2 **P** P1+A) C”.

Uma condição C levaria sempre a uma determinada regra. No entanto, qual seria essa regra que poderia alterar, a depender da utilização ou não do peso adicional, uma vez que este faria o princípio que tivesse maior correlação com o direito civil ter automaticamente um reforço em seu peso.

Com a utilização do peso adicional, espera-se que as decisões judiciais pendam pela decisão que privilegie a boa-fé, exceto se exista fortíssima argumentação no sentido contrário na qual faça sentido privilegiar outro princípio jurídico.

Após a presente proposta de adequação, que leva em conta de um lado a necessidade maximização dos direitos fundamentais, e, de outro, a manutenção da segurança jurídica esperada pelo direito civil, passamos a conclusão do presente trabalho.

5 CONCLUSÕES

O presente trabalho tratou da problemática da utilização da teoria da ponderação no âmbito do direito civil, tendo em vista uma tentativa de se chegar a uma adequação da utilização da ponderação na resolução dos casos concretos envolvendo particulares.

Como visto, a partir do advento do neoconstitucionalismo, o direito civil foi deslocado do papel de base e referência do direito, tendo sido esse papel assumido pela Constituição.

Tal fenômeno possui explicação na necessidade de concretização da constituição. Se, nas constituições do século XVIII, elas eram vistas como meras cartas programáticas, hoje, possuem mandamentos/princípios que devem ser realizados não apenas pelo legislador, mas também pelo julgador.

Os direitos expressos na constituição são entendidos, na atualidade, como irradiantes para todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, nenhum ramo do direito, nem mesmo o direito civil, se encontra “a salvo” dos efeitos da constituição, de maneira que todo o ordenamento é interpretado tendo como viga mestra a carta maior.

O efeito irradiante da Constituição é bastante benéfico, uma vez que todo o ordenamento será interpretado diante de um mesmo prisma de valores fundamentais. No entanto, não há como se negar de que tais efeitos podem acabar por afetar as relações de direito privado de forma negativa dada sua indeterminação, caso não exista uma técnica hermenêutica adequada.

No entanto, a própria segurança jurídica é princípio constitucional que deve ser protegido. Dessa forma, é necessária uma construção hermenêutica que possibilite a concretização dos princípios constitucionais, mas sem a perda da segurança jurídica.

A partir da ideia de efeitos irradiantes da constituição e da força normativa dos princípios constitucionais, Robert Alexy construiu sua teoria da ponderação, que busca dar uma resposta adequada aos casos de colisão de direitos fundamentais.

Essa colisão de direitos fundamentais pode ocorrer no âmbito do direito civil. Nesse especial âmbito, as pessoas já possuem determinada expectativa quando da resolução dos conflitos. Já se tem uma ideia mais ou menos predefinida de como o julgador irá se comportar.

A partir dessa ideia predefinida, as pessoas se comportam, fazem contratos, testamentos, se casam, emitem títulos de crédito e demais atos corriqueiros do dia a

dia da vida civil. Talvez, se uma das partes em uma negociação soubesse que seu contrato poderia ser alvo de uma futura ponderação de valores constitucionais por parte do julgador, ela nem mesmo teria dado seu consentimento ao negócio jurídico, temendo por uma eventual solução totalmente divergente do que tem em mente.

Percebe-se, então, a importância da previsibilidade no âmbito dos negócios entabulados entre particulares. Essa importância não quer dizer deixar de lado os princípios mais caros a uma determinada sociedade, ou seja, os princípios constitucionais. Pelo contrário, eles devem ser resguardados. No entanto, deve-se chegar a uma técnica hermenêutica que consiga conciliar os dois mundos.

Portanto, ao longo do trabalho, em cumprimento aos objetivos deste, foram alvo de análise os efeitos da teoria da ponderação no direito civil e a necessidade que as pessoas possuem de terem uma solução jurídica que não dependa (apenas) do arbítrio do julgador.

Isso é importante em todos os ramos do direito, mas no direito civil esse tal fato se avulta. As pessoas desejam conduzir suas vidas tendo um mínimo de previsibilidade em relação ao que será decidido no futuro se um contrato, por exemplo, não for cumprido.

A teoria da ponderação, por tratar de princípios jurídicos de caráter aberto (e, não poderia ser de outra forma, uma vez que a Constituição não regula todo o ordenamento, sendo, no dizer de Böckenförde, fragmentária), acaba por fragilizar a segurança jurídica.

Assim, para responder a nossa pergunta de pesquisa, chegamos à conclusão de que devem existir adequações para a utilização da teoria da ponderação no âmbito do direito civil. Porém, estas devem levar em conta os influxos dos ditames constitucionais.

Por isso, a solução dada busca a ampliação dos direitos fundamentais, indo exatamente na direção da expansão da força normativa da Constituição. Por outro lado, busca ainda proteger as bases milenares dos institutos de direito civil, de forma que as pessoas possuam segurança em suas negociações.

A proposta se utiliza da ideia de Constituição moldura de Ernst-Wolfgang Böckenförde como uma primeira etapa, onde será determinada a necessidade ou não de utilização da ponderação de valores em determinada colisão de princípios em um caso concreto envolvendo direito civil.

Em uma segunda etapa, caso seja necessário a utilização da ponderação, é dado um peso adicional ao princípio que representa a solução que privilegie a boa-fé daqueles que participam da relação de direito civil. Isso não quer dizer que a solução que privilegia a boa-fé irá sempre ser a vencedora, mas apenas que, para a solução ser diversa desta, o julgador deverá se utilizar de uma maior carga argumentativa.

Pretende-se utilizar a presente pesquisa como uma base de uma agenda de pesquisa a ser desenvolvida, de maneira a expandir a presente análise e as soluções apresentadas, de maneira a se apresentar uma teoria completa dos efeitos da interpretação constitucional contemporânea no direito privado.

Apesar dessa proposta para o futuro, espera-se que ao longo do presente trabalho, tenha sido demonstrada de forma cabal a problemática enfrentada, bem como a solução apresentada, que certamente irá contribuir para a evolução da ciência do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. Riscos da ponderação à brasileira. *Revista de processo*. São Paulo, v. 269, p. 45-58, jun. 2017. ISSN 1982-9492.

_____; CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução ao direito – teoria, filosofia e sociologia do direito*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins, 2009.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015ª.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015b.

_____. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Teoria discursiva do direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Sistema de filosofia do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2022.

ARISTÓTELES. *A política*. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2009.

_____. *Órganon*. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2016.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Landy editora, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito – entre a indeterminação aparente e a determinação latente*. São Paulo: Malheiros/Jus Podivm, 2022.

_____. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BEDROSSIAN, Gabriel. *Derecho de Familia*. 2ª ed. Buenos Aires: Cátedra Jurídica, 2020.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: GEN, 2022.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995

_____. *Da estrutura à função - Novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.

_____. *Stato, costituzione, democrazia*. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

_____. *Staat, Gesellschaft, Freiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2016.

_____. *Constitutional and political theory*. Oxford: Oxford Press, 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018a

_____. *Teoria geral do Estado*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018b.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução na França*. São Paulo: Edipro, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional – temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas – Análise das críticas e Klaus Gunther e Jurgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação jurídica*, Brasília, a. 43, n. 171, jul./set. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92841>. Acesso em: 9 set. 2022.

_____. *Argumentação contra legem – A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fábris Editor, 1993.

CARPEAUX, Otto Maria. *História concisa da literatura alemã*. São Paulo: Faro editorial, 2013.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo legislativo constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Editora Juspodivum, 2022.

COASE, Ronald. *A Firma, o mercado e o direito*. São Paulo: Forense Universitária, 2016.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 4ª ed. São Paulo: Bauru, 2009.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais – razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 2ª ed. Curitiba, Juruá editora, 2016.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. *Direitos fundamentais e teoria discursiva: dos pressupostos teóricos às limitações práticas*. Salvador: JusPodium, 2018.

DIEDERICHSEN, Uwe. *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht - ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre*. Archiv für die civilistische Praxis, 1998, 198. Bd., H. 2/3 (1998), p. 171-260 Published by: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40995658>. Acesso em: 12 set. 2022.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 8ª ed. São Paulo: Thonson Reuters, 2021.

DIP, Ricardo. *Registro de imóveis (princípios)*. São Paulo: Editora PimVs, 2017.

_____. *Segurança jurídica e crise pós-moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DÜRIG, Günther. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: HECK, Luiz Afonso. (Org.) *Direitos Fundamentais e direito privado – textos clássicos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EHRHARDT, Daisy. Constitucionalização do direito privado e o notário como intérprete da Constituição. *Revista de Direito Privado, Notarial e Registral*. v. 1, n. 1, 2022. Rio de Janeiro: Anoreg/RJ, 2022.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil – à luz do novo código civil brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil - Contratos*. 12ª ed. São Paulo: Editora JusPodium, 2022a.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Parte geral de LINDB*. 20ª ed. São Paulo: Editora JusPodium, 2022b.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Editora JusPodium, 2022.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente. *Gênese constitucional brasileira*. Curitiba: CRV, 2021.

FONTELES, Samuel Sales. *Hermenêutica Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Jus Podium, 2022.

FURTADO COELHO, Marcus Vinicius. *Garantias constitucionais e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014 (edição eletrônica Kindle).

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros. *Porque tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/Jus Podium, 2021.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HERGET, James E. *Contemporary German Legal Philosophy*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996.

HOPPE, Hans-Hermann. *Democracia, o Deus que falhou*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – Possibilidades e limites de aplicação no direito brasileiro*.

Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de direito, Universidade Nacional de Brasília. Brasília, 379p, 2003.

KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LADUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo. Entre teorias de espantalhos – deturpações construtivas na teoria dos princípios e novas abordagens. In: CAMPOS, Ricardo (Org.). *Crítica da ponderação – Método Constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; RIBEIRO, Pedro Henrique. Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais – apela para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais. In: CAMPOS, Ricardo (Org.). *Crítica da ponderação – Método Constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Direitos fundamentais e Justiça* – Ano 9, n. 33, p. 123-165, Out./Dez, 2015.

LEGALE, Santiago. *HLA Hart and the making of the New Natural law theory*. (2016) Disponível em: <https://doi.org/10.1080/20403313.2016.1148432>. Acesso em: 18 jul. 2022.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Edipro, 2014

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica para o curso de Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In: MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 211-229.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2020.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Fundamentais – teoria geral*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luiz Afonso. (Org.) *Direitos Fundamentais e direito privado – textos clássicos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012.

NÓBREGA, Vandick Londres da. *História e sistema do direito privado romano*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2018.

PELUSO (coord). *Código Civil comentado*. 16ª ed. Barueri: Manole, 2022.

PERELMAN, Chaïn; OLBRECHT-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – a nova retórica*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2019.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAMOS, André Luiz Arnt. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – O estado da questão*. Revista de Informação Legislativa - RIL, Brasília, v. 53, n. 210, p. 291-314, abr./jun. 2016.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário (et al.). *Os princípios e os institutos de direito civil* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

RODRIGUES JR, Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo – Estudo epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 (edição eletrônica Kindle).

RODRIGUES, Dárcio R. M. *Institutas de Gaio – primeiros fundamentos de direito romano clássico*. São Paulo: YK editora, 2020.

SANTOS, Bruno Aguiar. *Neoconstitucionalismo – a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio*. 2ª ed. São Paulo: JusPodivum, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SAVIGNY, Friedrich Carl Vol. *Sistema del derecho romano actual*. Granada: Editorial Comares, 2005.

SCHWABE, Jürgen, MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *IBDCivil – Revista brasileira de direito civil*, v. 10, p. 9-27, out./dez. 2016. ISSN 2358-6974.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011b.

_____. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

_____. *Direitos fundamentais – Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIQUEIRA, Alexis Mendonça Cavichini Teixeira de; MALLMANN, Jean Karlo Woicieschoski. *Presunção absoluta e os sistemas de registro de imóveis: dormientibus non succurit ius*. Rio de Janeiro: Cop editora, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4184. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 10 jun. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 201.819. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 11 out. 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 349.703. Relator: Ministro Carlos Brito. Relator do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 05 jun. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6031. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 27 mar. 2020.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2014.

_____. *Lições de Crítica hermenêutica do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2016.

TEMER, MICHEL. *Elementos De Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e relações privadas na experiência das cortes superiores brasileiras. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 77, n. 3, p. 225-248, jul./set. 2011.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. 3. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. Teoria da interpretação e relações privadas: A razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: TEPEDINO, Gustavo; DE MENEZES, Joyceane Bezerra (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 107-136.

_____; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil: Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil: Contratos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____; MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do direito civil: Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Fundamentos do direito civil: sucessões*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TJ/BA. Agravo de Instrumento. Processo nº 0007440–76.2016,8.05.0000. Relator: Roberto Maynard Frank. Quarta Câmara Cível. Publicado em 22/11/2016.

TOMAZINE, Fernando Fabro; OLIVEIRA, Daniel Natividade Rodrigues de. Hermenêutica jurídica e a efetividade dos direitos fundamentais. *Revista Jus Navegandi*, Teresina, v. 15,

n. 2434, 1 mar. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14418>. Acesso em: 24 ago. 2022. ISSN 1518-4862.

TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do direito e decisão judicial – elementos para a compreensão de uma resposta adequada*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivum, 2020.

VENTURI, Thais G. Pascoaloto. *Direito privado no common law – A state action doctrine norte-americana e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil*. Migalhas. Publicado em 19/10/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/335023/a-state-action-doctrine-norte-americana-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-privadas-no-brasil>. Acesso em: 26 dez. 2022.

VIERA DE CARVALHO, Luiz Paulo. *Direito das sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VITÓRIA, Francisco de. *Reflectiones sobre os índios e sobre o poder civil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e a relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os direitos humanos. *Revista Magister de Direitos Civil e Processo Civil*, n. 103, Jul-Ago/2021.