

ACERTOS E DESACERTOS DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS: UMA REFLEXÃO SOBRE OS PERIGOS DA UBIQUIDADE CONSTITUCIONAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Marcos Ehrhardt Júnior*

Sumário: Introdução. 1. A ubiquidade constitucional de caráter dirigente e a questão da eficácia dos direitos fundamentais sociais. 2. Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial nas relações privadas. 3. A contribuição doutrinária para manutenção do processo de constitucionalização afastado dos riscos de banalização e decisionismo.



INTRODUÇÃO

Já há algum tempo percebe-se a interação entre os espaços destinados ao direito público e ao direito privado, provocada pelo processo de constitucionalização dos direitos. Outrora concebidos como rígidos e estanques, quase incomunicáveis, tais espaços estão sendo redefinidos pela unidade e supremacia do texto constitucional, num constante processo de desenvolvimento que visa à substituição da perspectiva liberal e patrimonialista – que os concebia como

* Advogado. Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor de Direito Civil da UFAL e da Escola Superior da Magistratura em Pernambuco (ESMAPE).

verdadeiros polos condenados à mútua exclusão – por um modelo mais consentâneo com a justiça material e as questões existenciais dos sujeitos do tráfego jurídico.

Não há dúvida acerca da evolução da matéria nos últimos anos. O problema atual não é mais a comprovação da existência de tal interação, mais sim seus limites e consequências, sobretudo na disciplina das relações particulares a partir do texto constitucional, afinal, a regulação da ordem econômica e social em seu texto marca o início da ruptura dos paradigmas sobre os quais a base do pensamento jurídico pátrio foi forjada.

Procura-se construir uma cultura que busca um constante diálogo entre as fontes normativas, que provoca influência recíproca e permite a ressystematização do direito civil a partir da força normativa da Constituição, em especial a eficácia jurídica dos direitos fundamentais, que têm como ponto de partida as noções de dignidade humana e solidariedade.

Na busca por uma nova identidade que reflita a superação da dissociação do público e do privado¹ e irradie suas consequências visando ao progresso de todo o corpo social, grande parte das esperanças são depositadas sobre a atuação de cada magistrado, que no exercício de seu papel de guardiães do texto fundamental deveriam, sem hesitar, atentos à tábua de princípios, assumir uma postura ativa no que concerne não só à proteção, mas, em especial, à efetivação de tais direitos, sem recorrer a qualquer mecanismo de autolimitação de sua atuação.

Tal concepção garantista apresenta a jurisdição constitucional como uma instituição destinada a assegurar, na maior medida possível, a validade e a eficácia do sistema de

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo Existencial e Direito Privado: Apontamentos sobre algumas dimensões da Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais no âmbito das Relações Jurídico-Privadas. In SILVA FILHO, José Carlos Moreira da e PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (orgs.). *Mitos e rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 12.

direitos e princípios constitucionais, de modo a conferir máxima efetividade à ordem constitucional, o que de certo modo contribui para a *ubiquidade constitucional*² que vivenciamos em nossos dias.

Até que ponto é positivo enxergarmos a irradiação dos comandos constitucionais em toda e qualquer decisão, pautando todas as decisões e ações, independentemente de sua relevância para a comunidade, em princípios que quase invariavelmente apresentam as mesmas dificuldades de densificação no mundo fático, em especial quando existe farta legislação infraconstitucional sobre o tema?

Registre-se de logo que a indagação não visa ressaltar argumentos contra o processo de constitucionalização dos direitos, ao contrário, o objetivo é refletir sobre o seu atual estágio de desenvolvimento, especialmente no que diz respeito à nova hermenêutica constitucional, para que sua banalização irrefletida não comprometa os significativos avanços verificados nos últimos anos.

1. A UBIQUIDADE CONSTITUCIONAL DE CARÁTER DIRIGENTE E A QUESTÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Não importa se estamos analisando uma petição inicial, um parecer, uma sentença ou um acórdão. Desnecessário destacar se a verificação ocorre no meio profissional ou acadêmico, em maior ou menor intensidade. Após constantes e intensos debates, sobretudo nos últimos dez anos, podemos afirmar que a Constituição está em todo o lugar. Não importa a magnitude da questão. Desde a briga entre vizinhos ou o relacionamento entre pais e filhos, até questões relativas a

² A expressão é empregada no sentido conferido por Daniel Sarmiento em artigo denominado “Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda, que foi publicado na obra “A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas”, coordenada pelo citado autor e por Cláudio Pereira de Souza Neto.

segurança pública, saúde, tributação e tratados internacionais: tudo deve ser analisado sob a perspectiva constitucional.

Por muitas vezes, o fato de existirem tratados internacionais ou regras infraconstitucionais já elaboradas depois do advento de nossa Constituição vigente parece ser absolutamente sem importância. Incontestável o valor de tal conquista, sendo lugar comum as referências aos avanços sociais e políticos na defesa de direitos individuais e coletivos, como também o efeito positivo para a democracia e demais instituições jurídico-políticas. Diante desse quadro, resta indagar: qual é o problema?

A retomada dos estudos sobre jurisdição constitucional, em especial sobre hermenêutica e interpretação (aqui se destacando as teorias de argumentação jurídica pós-positivas), criou uma curiosa situação: a constitucionalização é vista como algo *intrinsecamente bom* (afinal, busca-se através dela o aperfeiçoamento do ordenamento, assegurando a concretização de justiça social), não havendo grande preocupação com a falta de rigor, vale dizer, com o descontrole que os excessos advindos de uma panconstitucionalização podem infligir a todo o conjunto de conquistas sociais experimentado nos últimos tempos³.

Vivemos na cultura da luta incessante e apaixonada pela conquista, reafirmação e desenvolvimento de direitos dos mais variados matizes. Fala-se em princípio da vedação do retrocesso e discute-se muito sobre os contornos do mínimo existencial, em especial no que concerne aos direitos fundamentais sociais. Entretanto, ao menos no campo do direito privado, muito pouco é debatido sobre o custo desses direitos e os riscos de uma hipertrofia que pode colocar em xeque todo o sistema, considerando o evidente descompasso

³ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois Lados da Moeda. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, DANIEL. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 115-6.

entre a teoria constitucional e os acontecimentos no plano social, fruto de uma organização da vida em sociedade de um modo cada vez mais complexo.

Neste sentido, vale destacar a preocupação de JOSÉ CASALTA NABAIS, que ressalta a necessidade de estudo e ponderação não apenas dos *direitos* conquistados, mas também dos *deveres* correspondentes:

Estou seguro de que o objecto, que eu escolhi para esta minha exposição, não está na moda nos tempos que correm. A bem dizer, não está na moda há muito tempo. Pois a linguagem politicamente correcta deste tempo, que é o nosso, não ousa falar senão de liberdade e dos direitos que a concretizam. Compreende-se assim que a outra face, a face oculta da liberdade e dos deveres e custos que a materializam, não seja bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica. E todavia, eu proponho-me falar-vos dos deveres e dos custos dos direitos. Isto é, da face oculta do estatuto constitucional do indivíduo. Face oculta que, como a face oculta da lua, não obstante não se ver, é absolutamente necessária para a compreensão correcta do lugar do indivíduo e, por conseguinte, da pessoa humana em sede dos direitos fundamentais ou dos direitos do homem⁴.

O que aqui se coloca em evidência é a tensão entre a cogência das disposições constitucionais e a liberdade de conformação do legislador, ou, em outras palavras: seu caráter dirigente desapegado do necessário diálogo com a realidade. Nesse sentido, vale a ressalva formulada por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO⁵, destacando que muitas vezes os

⁴ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*; Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 163-4.

⁵ *Constituição Dirigente e vinculação do Legislador*, 2.^a ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. III.

constituintes aceitam o compromisso emancipatório semanticamente formulado, mas não acreditam nele, nem tencionam levá-lo à prática, o que conduz a um direito constitucional autoritariamente dirigente, mas ineficaz⁶.

Fala-se de “resistência constitucional”, na perspectiva do estabelecimento de um programa voltado à promoção dos direitos sociais mediante formulação de políticas públicas, ou seja, encara-se o texto fundamental como verdadeiro fator de transformação social, que buscaria conformar a realidade. Afinal, parece ser consenso que o projeto de igualdade material descrito no texto constitucional é uma tarefa imperativa em contínuo desenvolvimento⁷.

Contudo, tal entendimento carece de uma reflexão central: seria a Constituição autossuficiente para garantia e efetivação de tais direitos prestacionais e para limitar a direção política do legislador?

Ressalta CANOTILHO que o problema não estaria na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata dos direitos fundamentais, mas sim no alargamento (não sustentável) da força normativa direta das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da *interpositio legislativa*⁸, para concluir pela impossibilidade de o sistema central gerar um conjunto unitário de respostas relativamente ao conjunto cada vez mais complexo e crescente de demandas sociais.

Desse modo, para o referido autor, a concepção do Estado Social neste nível poderia levar à ingovernabilidade, já que não seria possível a uma norma constitucional “conformar

⁶ In Constituição Dirigente e vinculação do Legislador, p. XXII.

⁷ DERBLI, Felipe. Proibição de Retrocesso Social: Uma Proposta de Sistematização à Luz da Constituição de 1988. In BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*; livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.436-8.

⁸ Op. cit., p. XVI.

autoritariamente a sociedade”, o que permite vislumbrar que tal discurso passa a fundamentar os partidários de “exigências constitucionais mínimas”, que atestam a “falência dos códigos dirigentes” diante da nova ordem mundial.

No dilema normatividade *versus* efetividade, passou-se a entender que não se pode confiar na simples interpretação de normas definidoras de direitos sociais para, através do procedimento hermenêutico, deduzir a efetividade daqueles, sob pena de produzir efeitos contrários aos pretendidos. Ou seja, *capitula a validade das normas constitucionais perante a faticidade econômico-social*.⁹

Chega-se, então, à conclusão de que o texto constitucional não é autossuficiente. Se por um lado nos permite traçar um rumo, não dispõe de todas as ferramentas para alcançá-lo. Tal constatação nem sempre é apreendida por operadores do direito, em especial magistrados, obcecados por efetividade constitucional a todo e qualquer custo¹⁰.

⁹ Idem, p. 105. Neste particular ANDREAS KRELL assevera que a eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias, pois o problema maior residiria na *não prestação real* dos serviços sociais básicos pelo Poder Público, sendo necessário, por conseguinte, distinguir a *eficácia jurídica* (capacidade teórica de produção de efeitos) da *efetividade*, ou seja, o que o referido autor denomina de “desempenho concreto da função social do Direito”, isto é, sua materialização na dimensão fática. (KRELL, Andreas Joachim. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa), in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1999, p. 240-245).

¹⁰ Sobre este fenômeno, vale citar entendimento de um magistrado catarinense: “Cuida-se, no fundo, do “Complexo de Nicolas Marshall”. Esse complexo atua na maioria dos casos de forma inconsciente na busca legítima de se cumprir o papel jurisdicional. Acaba se instalando na prática jurídica nos espaços de discricionariedade (ilegítimos) abertos na legislação, tão bem criticados por Ferrajoli (Direito e Razão), os quais deixam para “bondade” do órgão julgador a aplicação da Lei. O problema é saber, como diz Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, qual é o critério, ou seja, o que é a ‘bondade’ para ele. (...) Em um lugar tão vago, por outro lado, aparecem facilmente os conhecidos ‘justiceiros’, sempre lotados de ‘bondade’, em geral querendo o ‘bem’ dos condenados e, antes, o da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo; gente lutando contra seus próprios fantasmas. Resultado disso é que os Vingadores Sociais, muitos deles usurpando da parcela de poder

Os perigos de tal postura estão bem explicitados na afirmação de MARIA CELINA BODIN DE MORAES:

O problema é que os juízes interpretam os princípios como expressões meramente valorativas, utilizáveis a seu bel-prazer, sem qualquer delimitação dogmática subjacente. Foi o que ocorreu na interpretação literária, onde se chegou a sustentar que “um texto é apenas um piquenique onde o autor entra com as palavras e o leitor com o sentido”. (...) este é o temor com a interpretação dos princípios, se deixada a cargo unicamente da consciência do magistrado, ou da jurisprudência em geral, sem que a doutrina exerça o seu papel primordial de dotar de cientificidade os conceitos jurídicos, estejam eles contidos em princípios ou em regras, expressem ou não valores fundamentais. Em nosso caso, aliás, o problema é de maior monta: aqui, se os intérpretes exagerarem, isto é, se os juízes exagerarem, teremos em lugar do Direito o puro arbítrio¹¹.

estatal que lhes é conferida como Juízes, ou seja, no dever constitucional de garante dos Direitos Fundamentais e Humanos, nem precisam tirar suas becas para ceder espaço ao “Complexo de Nicolas Marshall”; o fazem em suas decisões mediante recursos retóricos aceitos pelo senso comum teórico (Warat), em meras aplicações de lógica dedutiva no âmbito penal. Dentre estes existem dois, os quais classifico utilizando a boa dogmática (não resisto): o doloso, que conhece a teoria do delito, imputação objetiva, tipo do injusto, culpabilidade, dentre outras discussões contemporâneas, mas mesmo assim acredita que somente desta forma se faz Justiça. E o segundo, o culposo que, por incapacidade teórica e de vontade acaba reeditando o raciocínio dedutivo em nome da “manutenção da paz social”, sendo incapaz de discutir seriamente qualquer das questões antes indicadas. É o Juiz papagueador (aprende para repetir, somente)”. (ROSA, Alexandre Morais da. O Juiz e o Complexo de Nicolas Marshall. Disponível on line <http://www.gemcadvocacia.com/UserFiles/Publicacoes/o_juiz_e_o_complexo_de_nicolas_marshall%5B20080723000452%5D.pdf>. Acesso em 20.1.2009).

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional. In TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo*. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p.40-1.

Talvez o melhor exemplo desse risco seja a disseminada e irrestrita utilização do princípio da dignidade humana. Relacionar a noção de dignidade ao “valor próprio que identifica o ser humano como tal” não auxilia na delimitação de seu conceito, providência essencial para sua efetiva utilização no campo jurídico normativo, pois, de seu exame pelos órgãos judiciais, hão de se retirar determinadas consequências no campo social¹².

Ainda que proclamada em inúmeros textos jurídicos, a dignidade da pessoa humana nunca é definida satisfatoriamente, o que não impede sua utilização na *praxis* jurídica, tampouco a incessante busca de uma definição objetiva para o conceito, em face da exigência de certo grau de segurança jurídica.

Mas como obter tal segurança?

Será que isso seria possível?

Neste particular, lapidar a lição de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, ao se referir a todo o processo de constitucionalização do direito civil:

Estas transformações, contudo, certamente afastam aquela concepção de segurança – ou melhor, de ilusão de segurança – característica do direito civil do século XIX. Vivemos no que já foi denominado de uma era de incertezas, o que inevitavelmente transparece no âmbito do Direito. Isto não significa, contudo, abandonar a aspiração por segurança jurídica e resignar-se àquilo que a todo custo se buscava evitar: o arbítrio. Apenas implica compreendê-la (a segurança) de outro modo. Na realidade, a vagueza e ambiguidade intrínsecas às normas jurídicas não são ampliadas

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, In *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e de direito constitucional*, p. 15/16.

pela utilização dos princípios; ao contrário, é a identificação dos princípios que as justificam que fornece a segurança jurídica. O papel que os princípios exercem como *ratio* (razão) em cada interpretação-aplicação jurídica é que garante a coerência entre elas. (...)

Ao comentar o tema, BÉATRICE MAURER aduz que é possível abstrair essas diversas compreensões subjetivas da dignidade e procurar uma definição da expressão que, mesmo permanecendo aberta, venha a alcançar uma certa objetividade, impedindo que esta permita justificar tudo, e , ao mesmo tempo, o seu contrário¹³.

Contudo, deve-se também levar em consideração que a dimensão histórico-cultural desse conceito permanece em processo de contínuo desenvolvimento. Dentro desta perspectiva, seria possível construir este conceito, *a priori*, considerando que a noção de dignidade apresenta uma dimensão dúplice, ao mesmo tempo defensiva e prestacional?

Cabe aqui a lúcida ponderação de MARCUS EDUARDO DE CARVALHO DANTAS:

O juiz teria então a oportunidade de sair do seu papel de observador e passaria a uma postura participante, de alguém que é parte integrante e responsável de um projeto que precisa ser implementado. Não por outro motivo, a dogmática perderia muito da sua capacidade de previsão e direção, tanto hermenêutica quanto analítica, uma vez que o “direito dos juízes” só poderia ser devidamente entendido *a posteriori*, pelo trabalho da jurisprudência. Só no “caso a caso” é que as soluções poderiam ser encontradas, os valores

¹³ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e de direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 70-5.

poderiam ser “devidamente ponderados em sua proporcionalidade” na consolidação da “resposta correta”¹⁴.

Desse modo, a “dignidade em si” é um conceito em constante construção, direcionado à “dignidade para nós”, campo de reflexão dos Poderes Legislativo e Judiciário, em que se busca uma definição social da dignidade¹⁵, que depende da superação da tradicional concepção antropológica liberal que orientou mais de um século de nossa experiência jurídica. Nesse sentido, o Ministro EROS ROBERTO GRAU, comentando sobre os problemas da hermenêutica contemporânea, afirma:

...as pré-compreensões dos juízes em cada tribunal determinarão, limitando-as ou não, as possibilidades da superação da concepção antropológica liberal do homem por uma concepção social. Esta superação se reclama para que se possa realizar plenamente a dignidade do homem e da pessoa humana. Porque, meus amigos – isto digo hoje não apenas no plano acadêmico, mas a partir da minha própria experiência como magistrado –, o intérprete autêntico não procede como um legista que examina um corpo morto, quer dizer, a infração à letra escrita da Constituição ou das leis. Não ele atua no plano da vida, a partir da sua pré-compreensão da realidade. Vale dizer: nós não trabalhamos nos tribunais para prestar

¹⁴ Princípios e regras: Entre Alexy e Dworkin. In MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 548-9.

¹⁵ Cf. MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e de direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 70-5.

contas a Montesquieu ou a Kelsen¹⁶.

Para além dos aspectos ventilados, o princípio da dignidade confere sentido e legitimidade à ordem constitucional, radicando na base de todos os direitos fundamentais. Assume uma função instrumental integradora, definindo limites e tarefas ao Estado e aos particulares, constituindo um dos critérios materiais que fundamentam a teoria do mínimo existencial, ou seja, atua com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao esvaziamento ou até mesmo à supressão dos direitos fundamentais¹⁷, o que será analisado a seguir.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS

É dentro do âmbito dos direitos fundamentais que se desenvolve a noção do mínimo existencial. Tal teoria tem por objetivo definir um conjunto inalienável de direitos cuja garantia torna-se regra obrigatória e sindicável pelo Judiciário, independentemente da atuação do Executivo e do Legislativo. Seu elemento essencial e irreduzível é a dignidade da pessoa humana. Pois, como adverte ANA PAULA DE BARCELLOS, “*não haveria racionalidade em fazer prevalecer o meio em detrimento do fim que é a própria dignidade da pessoa humana e os direitos básicos do homem*”¹⁸.

E quais são tais direitos básicos que a noção do mínimo

¹⁶ GRAU, Eros. Técnica Legislativa e Hermenêutica Contemporânea. In TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo*. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 288.

¹⁷ Desse modo, *a priori*, nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição, embora a noção de dignidade da pessoa não possa ser tida completamente infensa a qualquer tipo de relativização.

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. TORRES, Ricardo Lobo. São Paulo: Renovar, 2002, p. 44/46.

existencial engloba?

A complexidade e diversidade dos direitos sociais e a ausência de sua sistematização pelo legislador dificultam a compreensão do problema. Viver de modo digno não se reduz à garantia de sobrevivência física. A plenitude de nossas vidas não se reduz a um mero existir fisiológico.

Há de se inserir o indivíduo na esfera sociocultural de seu povo, motivo pelo qual não se deve confundir o *mínimo vital* (ligado pura e simplesmente à sobrevivência) do *mínimo existencial*, uma vez que sua configuração exige a reunião de prestações negativas e positivas visando à promoção de qualidade de vida.

Afinal, não se pode deixar de reconhecer como ‘sociais’ direitos que “asseguram e protegem um espaço de liberdade e a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade”¹⁹.

A imprecisão dos próprios enunciados dos direitos de segunda e terceira dimensão, aliada aos elevados custos relativos à sua implementação pelo Poder Público dificultam sua materialização no mundo dos fatos. A mera positivação não foi capaz de lhes conferir juridicidade, em face de obstáculos de natureza técnico-jurídica ainda não equacionados²⁰. Contudo, tais obstáculos não podem retirar a judicialidade de tais direitos, ainda que consagrados sob a forma de princípios.

Seus efeitos, para além da função interpretativa e de garantia de abstenção (eficácia negativa), devem garantir a progressiva ampliação de sua concretização, vedando-se o retrocesso, mediante a invalidação, pelo reconhecimento da

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo Existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: José Carlos Moreira da Silva Filho; Maria Cristina Cereser Pezzella (Org.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

²⁰ BARCELOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy, In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. TORRES, Ricardo Lobo. São Paulo: Renovar, 2002 p. 15.

inconstitucionalidade, de normas infraconstitucionais que esvaziem ou violem o núcleo essencial de um direito já incorporado à tábua de valores da Constituição.

A noção no mínimo existencial, portanto, parece buscar delimitar um subconjunto de direitos sociais que seja efetivamente exigível do Estado²¹. Em suma, a busca por uma espécie de *inviolabilidade pessoal mínima*, que para alguns configura “o conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade”²².

Ocorre que quando este assunto é abordado, comumente concentra-se o estudo do mínimo existencial em relação aos direitos de primeira geração, nos quais predominam aspectos existenciais do indivíduo, como se para garantir plenamente e de modo eficaz o mínimo existencial se pudessem deixar de lado direitos sociais e sua sindicabilidade. Contudo, esta não parece ser a postura mais correta, pois, como adverte INGO SARLET:

Importa frisar, ainda mais que se está a tratar da eficácia dos direitos sociais, que como estes têm por objeto primacial a promoção da igualdade e liberdade material e compensação de graves desigualdades, bem como – e acima de tudo – a garantia de condições efetivas para uma vida digna, quanto maior a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais (também sociais, portanto) na ordem “privada” quanto maior a eficácia social dos

²¹ BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit. p. 27.

²² TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e isonomia. *Apud* BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit. p. 31. Robert Alexy enfrenta a questão sob a óptica de sua teoria jurídica dos direitos fundamentais apontando a garantia do mínimo existencial como uma verdadeira regra constitucional, “*resultado da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real*”. Pela ponderação, a escolha do princípio que deve preponderar é só o primeiro passo, pois o processo só se completa com a escolha do *ponto de equilíbrio* das medidas destinadas a sua realização, de modo a sacrificar em menor medida os demais princípios envolvidos (Cf. Op. cit., p. 42).

direitos fundamentais e dos direitos sociais²³.

Nem sempre é tarefa fácil dissociar os direitos existenciais dos sociais, pois, a necessidade de proteção e amparo pode surgir de forma multifacetada. Por vezes é a garantia do direito prestacional de segunda geração que possibilita o pleno exercício de direitos existenciais. A decisão abaixo transcrita, contrariando sentença de primeiro grau, conclui pela excepcional possibilidade de bloqueio de verba pública para aquisição de remédios em benefício de menor, após descumprimento de ordem judicial para fornecimento destes. Tutelou-se a vida mediante garantia de prestação estatal efetiva à saúde, consubstanciada no tratamento médico:

ECA. AGRAVO RETIDO. BLOQUEIO DE VALORES DOS COFRES PÚBLICOS. CABIMENTO. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO, ARTIGOS ESPECIAIS E MEDICAMENTOS QUE NÃO CONSTAM NA LISTA DE COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO (PORTARIA 2.475/2006 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE), NEM NAS DE COMPETÊNCIA DO ESTADO (PORTARIA 2.577/2006, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, E 238/2006, DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE). PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. DESCABIMENTO. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS À VIDA E À SAÚDE DA MENOR. Em casos excepcionais, onde há o descumprimento de ordem judicial, é possível o sequestro de quantias nos cofres públicos, como meio de efetivo cumprimento das

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo Existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: José Carlos Moreira da Silva Filho; Maria Cristina Cereser Pezzella (Org.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31.

decisões judiciais. Ainda que exista responsabilidade do Poder Público no atendimento à saúde, deve-se observar as listas que repartem as competências para o fornecimento de medicamentos básicos, especiais e excepcionais entre o Município e o Estado, conforme as Portarias nº 2.475/2006 e nº 2.577/2006, do Ministério da Saúde, e 238/2006, da Secretaria Estadual de Saúde, evitando-se que um ente seja onerado com um medicamento cujo fornecimento não é de sua responsabilidade. Todavia, quando os medicamentos e artigos pleiteados não constam nem na lista de competência dos Municípios nem nas de responsabilidade do Estado (portaria 2.577/2006, do ministério da saúde, e 238/2006, da secretaria estadual de saúde), e são essenciais à saúde da menor e não há previsão normativa para sua concessão pelo poder público, entendo que deva prevalecer o interesse e o direito constitucional à vida e saúde da criança e do adolescente, devendo o ente demandado fornecer os fármacos, artigos e tratamentos requeridos, em nome do princípio da solidariedade dos entes públicos. Aplica-se o Princípio da Reserva do Possível quando demonstrada a carência orçamentária do Poder Público e quando o atendimento solicitado (medicamento ou exame médico) não se enquadra entre os casos de extrema necessidade e urgência. AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO IMPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70024322695, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 12/06/2008)

Anote-se também que no âmbito das relações

particulares, as decisões vêm sendo tomadas no mesmo sentido. Considerando-se a mesma área do exemplo anterior, vale citar decisão, cuja ementa segue abaixo transcrita, que retrata a difícil relação entre usuários e planos de saúde:

AGRAVO INTERNO. SEGURO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. UNIMED. NEGATIVA DE TRATAMENTO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS IMPORTADOS. TUTELA ANTECIPADA. EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO. AFASTADA. 1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98. 2. O objeto do litígio é o reconhecimento da cobertura pretendida, diante da existência de patologia rara denominada Vasculite Primária do Sistema Nervoso Central, cujo tratamento é realizado mediante o uso de corticóide ou imunossuppressores, onde a recorrida sustenta a inexistência de cláusula no contrato a embasar a referida pretensão, matéria controvertida que deverá ser examinada quando do julgamento da ação principal e não no presente recurso. 3. No caso em exame estão presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada concedida, consubstanciado no risco de dano irreparável e verossimilhança do direito alegado, não se podendo afastar o direito da agravada de discutir acerca da abrangência do seguro contratado, o que atenta ao princípio da função social do contrato. 4. Tutela que visa a proteção à vida, bem jurídico maior a ser garantido, atendimento ao princípio da dignidade

humana. 5. Inexiste compatibilidade no caso em análise entre a prestação de caução com o instituto da tutela antecipada, na medida em que a exigência daquela garantia constitui óbice à satisfação do próprio direito perseguido, importando em condição à própria segurança do Juízo. 6. Decisão recorrida proferida com base em entendimento pacificado no Órgão Colegiado, o que autoriza o relator apreciar o recurso na forma monocrática, nos termos do art. 557, § 1º - A, do CPC, haja vista que teria solução idêntica àquela a ser proferida pela Câmara. 7. Os argumentos trazidos neste recurso não se mostram razoáveis para o fim de reformar a decisão monocrática. Negado provimento ao agravo interno. (Agravo Nº 70027454305, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 17/12/2008)²⁴

²⁴ Ainda sobre o tema: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. MATERIAL IMPORTADO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E NECESSIDADE DE URGÊNCIA NA CONCESSÃO DO PROVIMENTO. ART. 273 DO CPC. DESNECESSÁRIA, A FIXAÇÃO DE ASTREINTE. 1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98. 2. O objeto do litígio é o reconhecimento da cobertura pretendida, a fim de que a parte postulante possa efetuar o tratamento cirúrgico de hérnia discal e retirada de enxerto ósseo, sendo que o uso dos materiais especiais a serem utilizados decorreu de indicação médica, diante das condições físicas da agravante. 3. Procedimento médico necessário para que a recorrente retome a sua jornada normal de vida, sem sofrer com as dores que lhe impedem de realizar suas atividades cotidianas. 4. No caso em exame estão presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada concedida, consubstanciada no risco de lesão grave e verossimilhança do direito alegado, não se podendo afastar o direito da agravada de discutir acerca da abrangência do seguro contratado, o que atenta ao princípio da função social do contrato. 5. Tutela que visa à proteção da vida, bem jurídico maior a ser garantido, atendimento ao princípio da dignidade humana. 6. A multa, por se tratar de medida

Mas será que a configuração do mínimo existencial, em matéria de direitos sociais, carece de anterior determinação do que se considera como padrão socio-econômico em determinada sociedade?²⁵

A resposta a tal indagação parece ser positiva, porquanto tal teoria também pode ter um efeito diverso. Seu acolhimento de modo inadvertido e sem a necessária ponderação faz como que preguemos o *mínimo* em detrimento do *ótimo* atendimento. Parece que atingido tal patamar (mínimo), tudo estaria resolvido²⁶.

Em suma, o ponto de *partida*, para muitos, torna-se ponto de *chegada*, a partir do qual estaria encerrada a atividade prestacional estatal. Ou seja, pensamos nos direitos fundamentais, mas pouca energia tem sido direcionada aos deveres fundamentais ante os altos níveis de exclusão social que, na maioria das vezes, tornam o Estado incapaz de cuidar de modo eficaz de suas funções regulatórias e exercer fiscalização adequada.

Ademais, trata-se de uma perspectiva que não parece se preocupar com o contexto histórico, criando uma noção atemporal e estática que não se coaduna com as necessidades de uma sociedade em intensa transformação. Aqui se mostra

extrema, deve ser aplicada em hipóteses de não obediência à determinação judicial, não se mostrando justificável e necessária a fixação da referida penalidade, pois não há qualquer evidência de que a parte agravada não cumprirá com o determinado nesta decisão. Agravo provido parcialmente. (Agravo de Instrumento Nº 70022577605, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 14/12/2007)”

²⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo Existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: José Carlos Moreira da Silva Filho; Maria Cristina Cereser Pezzella (Org.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 52-3.

²⁶ Cf. RIBEIRO, Ricardo Silveira. Críticas à perspectiva do mínimo existencial a partir de uma teoria das necessidades humanas fundamentais. In: *Revista Idéia Nova*. Recife: UFPE, ano 2, n. 2, jan/jun 2004. O autor propõe o enfoque desta discussão pelo prisma do estabelecimento de necessidades sociais básicas ou fundamentais.

adequado o pensamento tópico, sem pretensões de estabelecimento de padrões fixos.

3. A CONTRIBUIÇÃO DOUTRINÁRIA PARA A MANUTENÇÃO DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO AFASTADO DOS RISCOS DE BANALIZAÇÃO E DECISIONISMO

Nos itens anteriores tratamos dos perigos da banalização do processo da constitucionalização dos direitos, ilustrando as difíceis intersecções para concretização do mínimo existencial a partir da necessária densificação mandamental do princípio da dignidade humana.

Muitos magistrados, quando colocados diante de questões de tal natureza, assumem uma atitude ativista, e até mesmo de intervencionismo judicial, na defesa dos valores fundamentais da Constituição²⁷ que, como verdadeiros “mandados de otimização”, devem ser densificados²⁸.

Cite-se, para ilustrar, o que constantemente ocorre com o princípio da função social do contrato em relação aos contratos relacionais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO. REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DAS MENSALIDADES. FAIXA ETÁRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ART. 273 DO CPC. 1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35

²⁷ Cf. MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 275/277.

²⁸ Cf. KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p. 249.

da Lei 9.656/98. 2. Presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada concedida, ou seja, os pressupostos do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, e da verossimilhança da alegação, impõe-se a manutenção daquela. Ressalte-se a pretensão recursal de revogação daquela tutela poderia deixar sem qualquer assistência a parte autora, em razão dos novos valores fixados inviabilizarem a continuidade da satisfação do referido plano, o que atentaria ao princípio da dignidade humana. 3. Em contrapartida, inexistente o alegado dano irreparável por parte da parte agravante, pois o feito versa sobre relação obrigacional, portanto, em caso de reversão da medida, a agravante poderá ressarcir-se junto à parte contratante, pela via administrativa ou em ação própria. 4. Ademais, não se pode afastar o direito da agravada de discutir acerca do plano de saúde contratado, o que atentaria ao *princípio da função social do contrato*, em especial no que diz respeito à matéria securitária. Negado seguimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70028220036, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/01/2009)

PLANO DE SAÚDE EM BENEFÍCIO DE EMPREGADOS DE EMPRESA. CONTRATO FIRMADO ENTRE A COOPERATIVA MÉDICA E EMPREGADORA. CONTRATO EM FAVOR DE TERCEIROS. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO QUE FLEXIBILIZA O PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE CONTRATUAL. POSSIBILIDADE DO EMPREGADO AGIR DIRETAMENTE CONTRA A COOPERATIVA

MÉDICA. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO AUTORIZADO, APESAR DE HAVER RESTRIÇÃO CONTRATUAL À SUA COBERTURA. DEVER DE SUPORTAR TODOS OS CUSTOS RELACIONADOS AO PROCEDIMENTO AUTORIZADO. RECURSO DESPROVIDO, EMBORA POR OUTROS FUNDAMENTOS. Pode o beneficiário de plano de saúde contratado pelo empregador em benefício de seus empregados agir diretamente contra a empresa gestora do plano, não havendo necessidade de agir contra a própria empregadora. Uma das aplicações práticas do *princípio da função social do contrato*, ora positivado no novo Código Civil (art. 421), consiste justamente na flexibilização do clássico princípio da relatividade dos contratos. Havendo prova documental da autorização de procedimento cirúrgico que em princípio estaria excluído da cobertura (tratamento especializado que necessite utilizar qualquer tipo de vídeo, em geral), deve a gestora do plano arcar com todos os custos do procedimento autorizado, salvo demonstração de concordância do beneficiário em arcar com parte dos custos. (Recurso Cível Nº 71000546648, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 20/07/2004)

Se nas decisões citadas acima, o emprego dos princípios constitucionais serviu de fundamento para aplicação de norma infraconstitucional (art. 421 do CC/02), o mesmo comportamento também é verificado quando não é tão clara a subsunção do caso concreto aos preceitos da legislação ordinária, conforme se constata das decisões abaixo transcritas, que fazem referência ao princípio da solidariedade:

PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DAS CONTRAPRESTAÇÕES EM RAZÃO DA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES COBRADOS A MAIOR POR CONTA DO REAJUSTE INDEVIDO. 1. É nula, de pleno direito, por abusiva e por não redigida de forma clara e destacada, a cláusula que, em contrato de Plano de Saúde, estabelece o reajuste das contraprestações pecuniárias em função da mudança da faixa etária do segurado (60 anos de idade), elevando a contribuição para montante excessivamente oneroso (cerca de 50%). Violação ao Código de Defesa do Consumidor. 3. Tratando-se de contrato cativo, não há como surpreender a parte com reajuste da mensalidade em razão de mudança de faixa etária, se tal condição não foi claramente comunicada ao início da relação contratual. 4. Eventual desequilíbrio econômico há de ser, em observância ao *princípio da solidariedade*, absorvido pela fornecedora de serviços. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (Recurso Cível Nº 71001817675, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 18/12/2008)

SEGURO DE VIDA. NEGATIVA DE RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA DO CONTRATO APÓS MAIS DE VINTE ANOS DE RELAÇÃO CONTÍNUA ENTRE AS PARTES. ABUSIVIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA DIGNIDADE DA

PESSOA HUMANA. DANO MORAL INOCORRENTE 1. TRATANDO-SE DE CONTRATO CATIVO, NÃO HÁ COMO SURPREENDER A PARTE COM A NÃO RENOVAÇÃO DO CONTRATO APÓS MAIS DE 20 ANOS DE RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE AS PARTES. 2. EVENTUAL DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO HÁ DE SER, EM OBSERVÂNCIA AO *PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE*, ABSORVIDO NÃO SOMENTE PELA CARTEIRA DE SEGURADOS, MAS TAMBÉM PELA PRÓPRIA SEGURADORA. 3. DANOS MORAIS INOCORRENTES, FACE À AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO, NO CASO CONCRETO, A DIREITOS DA PERSONALIDADE DO AUTOR. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Recurso Cível Nº 71001736701, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em 09/09/2008)

A opção empregada na escolha dos arestos acima coligidos foi a de ressaltar relações privadas nas quais a ponderação dos interesses levava em consideração análise da tábua axiológica constitucional, aqui representada pelas noções de dignidade, solidariedade e igualdade material, como meio para consecução da justiça social. Nada obstante, este entendimento não é pacífico entre os membros do Poder Judiciário, em especial das Cortes Superiores.

Nos dias atuais proliferam teorias e concepções de autorrestrrição judicial (*judicial self-restraint*), que reiteradas vezes rejeitam o papel de “arquiteto social” do Judiciário e buscam delimitar os limites funcionais do controle jurisdicional, estabelecendo, por conseguinte, espaços de

exclusiva atuação dos Poderes Executivo e Legislativo²⁹.

Assim como não se pode decidir a tensão entre dois princípios fundamentais sem buscar a coexistência pacífica entre eles, também não parece adequado adotar integralmente algum dos dois comportamentos acima apresentados, de modo extremado, sem a devida ponderação³⁰.

Dentre os caminhos disponíveis, o que vislumbramos como o mais adequado é aquele que leva em consideração que a passagem da lei ao direito “*é um processo contínuo, constituído pelo impacto com a peculiaridade do fato, em uma atividade hermenêutica que tem como parâmetro privilegiado os valores-guia da Constituição, assumidos pela historicidade e pela totalidade da experiência, em um justo equilíbrio entre o dever-ser e o ser*”, o que, no dizer de PIETRO PERLINGIERI, deve ser feito “*sem perigosas concessões em relação ao pragmatismo e ao niilismo; e sabendo colher a natureza desses interesses e desses valores em conflito, ponderando-os – em relação ao caso concreto – segundo a axiologia constitucional, pronto a reconhecer nos aspectos valorativos de descontinuidade, o respeito à tradição, fatores, a um só tempo, de promoção e de garantia do pacto constitucional*”³¹.

Por todo o exposto, concordamos com CLÈMERSON

²⁹ Cf. MELLO, Cláudio Ari. Op. cit., p. 266.

³⁰ Em suma, “a construção da norma deve evitar o risco de trazer-lhe um conteúdo tão amplo que já não se reconheça a sua utilidade. Em nome da função social, passar-se-ia a fundamentar certos improvisos, que não se mostrariam resistentes a um exame mais prudente, ou concreções supérfluas, uma vez que já fundamentadas por outros caminhos. Em especial, a consagração da função social do contrato como sumo princípio da teoria contratual, como chave para uma compreensão mais humanista do fenômeno contratual pode ter o efeito reverso de transformá-la num antiquado *princípio geral de direito*, de cuja aplicação direta não se cuidaria muito” (RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 284).

³¹ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo*. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p.4-5.

MERLIN CLÈVE, para quem o Direito Constitucional que se desenvolve não pode ser tomado como neutro, asséptico e despido de compromisso³². A segurança jurídica deve se estabelecer a partir de um compromisso axiológico que não permita escamotear opções valorativas individuais do intérprete ou do legislador. Para tanto o caminho passa pelo fortalecimento dos estudos hermenêuticos sobre argumentação jurídica, sob o prisma da busca por uma interpretação unitária do ordenamento, que não se coaduna com a valoração individual de cada intérprete ou de cada juiz³³, consoante bem ressalta o já citado PIETRO PERLINGIERI:

Atentar para os critérios hermenêuticos inovadores, como a ponderação dos interesses e dos valores, da razoabilidade, recuperando a factividade para a juridicidade. A solução do problema concreto é procurada necessariamente na totalidade do ordenamento jurídico sem violentar as peculiaridades dos fatos, para assumir não como ocasiões maçantes para o conhecimento da norma, mas como fatores decisivos para a individualização da normativa³⁴.

ROBERT ALEXY, ao tratar da crítica de HABERMAS sobre o risco de que os direitos fundamentais fossem vítimas de ‘juízos irracionais’, por conta da inexistência de medidas racionais para levar a cabo a necessária ponderação entre eles (permitindo escolhas arbitrárias baseadas nos *standards* e hierarquias a que os magistrados estariam acostumados), responde que:

³² Cf. apresentação da obra “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, de Ingo Wolfgang Salert.

³³ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo*. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 370.

³⁴ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo*. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p.4-5.

Las estimaciones que subyacen a los juicios sobre la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y sobre el grado de la importancia del principio contrario no son arbitrarias. Existen razones plausibles que las respaldan. (...) Los estándares ciertamente son correlativos a las líneas jurisprudenciales conformadas por los precedentes. Sólo estaría justificado hablar aquí de estándares acostumbrados si el sentido de la decisión proviniera únicamente de la existencia de una línea de precedentes y no de su propia corrección. Más aún, sólo podría hablarse de una aplicación «irreflexiva» si dicha aplicación no tuviera lugar en el marco de una argumentación, porque los argumentos son los que expresan y hacen ostensibles las reflexiones³⁵.

Se existe um caminho em perspectiva, resta saber se, na média, os intérpretes, sobretudo, advogados, membros da magistratura e ministério público, estão preparados para lidar (e corrigir, quando possível) eventuais desvios do constituinte, especialmente diante da hodierna “inflação constitucional”, focando os limites de sua atividade interpretativa numa metodologia transparente, que respeite os valores consagrados pelo texto fundamental, com moderação e respeito aos demais poderes constituídos, pois a história demonstra que nenhum deles consegue atingir autossuficiência.

Na intrincada discussão sobre a legitimação das decisões judiciais e o papel das teorias materiais e procedimentalistas na resolução de tal questão, devemos sempre lembrar que as maiorias não podem ser excluídas desse processo, sendo recomendável reconhecer espaços de liberdade para a atuação

³⁵ ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. In *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda reimpresión, 2001.

do legislador.

Aos operadores jurídicos cabe a constante vigilância para evitar que o exagero na interpretação da força normativa dos princípios substitua o governo da Lei pelo governo autoritário de juízes que se valem de um decisionismo vazio para tentar legitimar suas sentenças com prejuízo para uma segurança jurídica, que transcende meros formalismos para se consubstanciar numa garantia de interpretação sistêmica do ordenamento comprometido com os direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Apesar do estágio atual de desencantamento com o positivismo jurídico, não percamos de vista que da crítica a suas limitações vem se construindo uma nova teoria da interpretação voltada à expansão das tarefas da Constituição. Com o declínio da ideologia não intervencionista do Estado e a intensa inflação legislativa verificada durante a fase de decodificação do ordenamento, fomentou-se uma cultura de desvalorização das leis infraconstitucionais. Se a “filtragem” do ordenamento era necessária, para adequação do direito privado à nova ordem objetiva de valores constitucionais, devemos levar em consideração que o processo de constitucionalização não pode ser encarado como uma panaceia.

Apesar da inegável e importante contribuição que o movimento de constitucionalização propiciou ao estudo do Direito Civil, e dos avanços conquistados nos últimos anos em relação à proteção dos valores existenciais da pessoa humana, não podemos deixar de considerar que quando seus postulados são levados ao extremo, sem a adequada ponderação dos interesses em jogo, a legítima expectativa de sindicabilidade dos direitos fundamentais e sua efetiva concretização no campo social, atualmente confiadas ao Poder Judiciário, podem

propiciar o surgimento de soluções desprovidas de legitimidade diante da ausência de preocupação de fundamentação das decisões judiciais, o que, em última instância, compromete a credibilidade do próprio sistema, por representarem um exacerbado decisionismo que não se coaduna com o verdadeiro espírito do movimento.

Por conseguinte, o compromisso do intérprete no mundo contemporâneo é buscar a funcionalização das estruturas jurídicas tradicionais de modo reflexivo, harmonizando as expectativas existenciais individuais com os reais interesses da comunidade. Trata-se de um trabalho árduo, diário e contínuo, pois espelha todo o movimento de desenvolvimento de nossa sociedade e as tensões da vida contemporânea.



REFERENCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.
- ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. In *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda reimpressão, 2001.
- AMARAL, Francisco. *O direito Civil na Pós-Modernidade*. In: Revista da Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ, Ano II, Número II, 2.^a Edição, p. 41.
- ÁVILA, Humberto. Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

- BARCELOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. TORRES, Ricardo Lobo. São Paulo: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 11.^a edição, 2001.
- CANARIS, Claus-Wihelm. *A influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil ? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.) São Paulo: Malheiros, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder, *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, n.138, Brasília: Senado Federal, pp.39-48, 1998.
- DERBLI, Felipe. Proibição de Retrocesso Social: Uma Proposta de Sistematização à Luz da Constituição de

1988. In BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*; livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- KRELL, Andreas J.. *A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil*. Revista Interesse Público, n. 23, Porto Alegre, pp 21-49, 2004.
- _____. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, p. 239-260, 1999.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em 22 ago. 2004.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, Tomo II, 2.^a Edição, 1998.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.
- _____. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*; Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo*. Novos problemas à luz da

- legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008
- RIBEIRO, Ricardo Silveira. Críticas à perspectiva do mínimo existencial a partir de uma teoria das necessidades humanas fundamentais. In: *Revista Idéia Nova*. Recife: UFPE, ano 2, n. 2, jan/jun 2004.
- ROSA, Alexandre Morais da. O Juiz e o Complexo de Nicolas Marshall. Disponível on line <http://www.gemcadvocacia.com/UserFiles/Publicacoes/o_juiz_e_o_complexo_de_nicolas_marshall%5B20080723000452%5D.pdf>. Acesso em 20.01.2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo Existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: José Carlos Moreira da Silva Filho; Maria Cristina Cereser Pezzella. (Org.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3a. ed, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e de direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado
- _____. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.
- SARMENTO, DANIEL. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da constituição brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica*. Revista do Instituto de

Pesquisas e Estudos da Faculdade de Direito de Bauru,
São Paulo, n. 39, p. 75-199.

SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, DANIEL. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil - Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Direito Civil Contemporâneo*. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.