

## OS PARADIGMAS JUSFUNDAMENTAIS LIBERAL, SOCIAL E PÓS-SOCIAL COM BASE NA VISÃO DE DANIEL SARMENTO

Jéfferson Ferreira Casagrande<sup>1</sup>

Rodrigo Valente Giublin Teixeira<sup>2</sup>

*SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 APRESENTAÇÃO GERAL DAS TESES LIBERAIS, SOCIAIS E PÓS-SOCIAIS (JUSFUNDAMENTAIS). 2.1 Paradigmas Sociais. 3 A GLOBALIZAÇÃO E O PARADIGMA PÓS-SOCIAL. 4 A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA, A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO. 5 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O PÓS-POSITIVISMO. 6 O DIREITO EM BUSCA DE UM CENTRO: DO CÓDIGO CIVIL À CONSTITUIÇÃO. 7 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITO PRIVADO E CONSTITUIÇÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.*

**RESUMO:** O presente artigo visa interpretar as ideias liberais, sociais e pós-sociais trazidos na obra Direitos Fundamentais e Relações Privadas, de Daniel Sarmento, Editora Lumen Juris, RJ: 2014. O objetivo primeiramente é fazer um panorama sobre a evolução dos pensamentos de cada época, fazendo críticas pontuais em cada uma, até se chegar a Constituição Federal de 1988, adequando o tema abordado de direitos humanos e direitos fundamentais ao texto da Carta Magna. A metodologia empregada na presente pesquisa será a revisão bibliográfica, que segundo Cervo, Bervian e da Silva (2007, p.61), “constitui o procedimento básico para os estudos monográficos, pelos quais se busca o domínio do estado da arte sobre determinado tema”, será desenvolvida a partir de materiais publicados em livros e artigos, pesquisados fisicamente ou pela internet. Também foi necessária a escolha do método, de acordo com Mezzaroba e Monteiro (2009, p.55), é um caminho adotado para alcançar determinado objetivo.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciências Jurídicas pela UniCesumar, em Maringá/PR. Advogado. Endereço: Rua Tietê, n. 148, Ap. 502, Edifício Guilherme Palma. Bairro: Zona 7, CEP: 87020-210, em Maringá/PR. E-mail: jefcas18@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutor pela PUC/SP. Mestre pela UEL/PR. Membro do IBDP. Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI – Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Professor Titular do Mestrado e da Graduação na UniCesumar. Advogado. Endereço Profissional: Avenida Guedner, n. 1610, CEP: 87.050-390 Maringá/PR. E-mail: rodrigo@rodrigovalente.com.br

**PALAVRAS-CHAVE:** Daniel Sarmento. Paradigmas Jus fundamentais. Liberal, Social e Pós-Social.

## **THE JUSFUNDAMENTAL LIBERAL, SOCIAL AND POST SOCIAL PARADIGMS BASED ON DANIEL SARMENTO'S VISION**

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to interpret the liberal, social and post-social ideas brought in the work *Fundamental Rights and Private Relations*, by Daniel Sarmento, Lumen Juris Publishing House, RJ: 2014. The objective is first to make a panorama about the evolution of the thoughts of each time, Making specific criticisms in each until the Federal Constitution of 1988 was reached, adapting the subject of human rights and fundamental rights to the text of the Constitution. The methodology used in the present research will be the bibliographical review, which according to Cervo, Bervian and da Silva (2007, p.61), "constitutes the basic procedure for the monographic studies, by which one seeks the mastery of the state of the art on a certain theme" Will be developed from materials published in books and articles, searched physically or by the internet. It was also necessary to choose the method, according to Mezzaroba and Monteiro (2009, p.55), is a path adopted to reach a certain goal.

**KEYWORDS:** Daniel Sarmento. Jus fundamental paradigms. Liberal, Social and Post-Social.

### **INTRODUÇÃO**

O artigo trata das ideias gerais do jus-filósofos durante o Estado Liberal, Social e Pós Social tida na doutrina contemporânea, como sendo primordiais para desenvolvimento da democracia, cidadania, e a dignidade humana no Brasil.

Para tanto, mister a exposição da posição de Daniel Sarmento sobre a temática, ocasião em que, apresenta críticas durante as épocas do liberalismo, do dogma social e pós social. Tendo em um primeiro momento abordagem histórica e trazendo a tona debates de diferentes doutrinadores sobre a importância e a Análise dos Direitos Humanos e Fundamentais, na formação de uma Constituição Democrática.

Aborda-se a personalização do Direito Privado visando adequar o texto do Código Civil às normas constitucionais.

Cabe salientar as ideias de Kuhn sustentou que todas as ciências se desenvolvem no interior de paradigmas, que constituem suas premissas e demarcam o campo do debate da comunidade científica.

Já para Sarmento, os paradigmas jusfundamentais liberal, social e pós-social não está predicando a existência de uma completa ruptura entre estes diferentes modelos. Eles

constituem, na verdade, exteriorizações no mundo jurídico de mundividências distintas, mas estas não decorrem, em regra, de rupturas revolucionárias, e sim de evoluções gradualistas, que não tiveram o mesmo ritmo ou a mesma intensidade em todos os lugares.

Tal temática será abordada no decorrer do presente artigo científica, consoante se passa a esclarecer abaixo.

## 2 APRESENTAÇÃO GERAL DAS TESES LIBERAIS, SOCIAIS E PÓS-SOCIAIS (JUSFUNDAMENTAIS)

Por primeiro, cabe salientar as ideias de Thomas Kuhn<sup>3</sup>, autor de uma obra muito influente sobre a matéria, sustentou que todas as ciências se desenvolvem no interior de paradigmas, que constituem suas premissas e demarcam o campo do debate da comunidade científica.

Já para Sarmento<sup>4</sup> os paradigmas jusfundamentais liberal, social e pós-social não está predicando a existência de uma completa ruptura entre estes diferentes modelos. Eles constituem, na verdade, exteriorizações no mundo jurídico de mundividências distintas, mas estas não decorrem, em regra, de rupturas revolucionárias, e sim de evoluções gradualistas, que não tiveram o mesmo ritmo ou a mesma intensidade em todos os lugares.

**Hanna Arendt**<sup>5</sup> afirma: “os direitos humanos não são um dado, mas um construído”. Isto é, são direitos garantidos após luta que se perdurou vários anos.

O autor assevera que ao entender que as mutações políticas, sociais e culturais que se desenrolam na sociedade moldem a forma com que estes direitos são encarados.

Assim propõe ser possível dividir a trajetória histórica dos direitos fundamentais na Modernidade em duas grandes fases: Estado Liberal e Estado Social. Sendo que cada um destes modelos apresenta características básicas que têm enorme relevo para a definição da incidência, ou não, dos direitos humanos nas relações privadas.

Ressalta também que atualmente já se fala no esgotamento do modelo do Estado Social, e na emergência de um novo paradigma, que ele (Sarmento) nomina de Pós-Social.

Por isso, Sarmento considera, sobre todos os aspectos, preferível a ideia de que os direitos humanos, conquanto tenham se originado de fato do pensamento ocidental, se

---

<sup>3</sup> KHUN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

<sup>4</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 17-18

<sup>5</sup> Para uma análise do pensamento de Hanna Arendt no que se refere aos direitos humanos, veja-se importante trabalho de LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

universalizam e constituem imperativos éticos que protegem todo e qualquer ser humano, independentemente de seu país ou cultura.

No que tange aos paradigmas liberais, Rousseau enfatizava a importância da democracia popular, partindo do conceito de *volonté general*, uma teoria que confiava cegamente na sabedoria das maiorias. No seu contrato social, os indivíduos alienavam toda sua liberdade, mas não para um terceiro, que, como Hobbes, assumiria a função de governo absoluto, e sim para um corpo social ao quais todos pertenciam.

**Locke**<sup>6</sup> defendia a liberdade dos modernos, preocupando-se, sobretudo com a proteção dos direitos individuais em face do Estado. Neste modelo de contrato social que formulou os indivíduos não alienavam todos os direitos naturais, inatos e inalienáveis, que os governantes tinham que respeitar, como em Hobbes e Rousseau.

Dentre tais direitos, o mais essencial, segundo Locke, era a propriedade, cuja proteção representava a mais importante função estatal.

Embora as ideias de Rousseau tenham exercido grande influência em eventos como a Revolução Francesa, no ideário liberal, prevaleceu à visão Lockeana de direitos humanos identificada com a liberdade dos modernos. Por muito tempo, estes direitos não eram nada mais do que deveres de abstenção do Estado, que deveria manter-se inerte para não violá-lo. O essencial era salvaguardar as liberdades privadas do indivíduo.

O Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso cumpria limitá-lo, em prol da garantia dos direitos do homem. Sob esse prisma, foi de enorme utilidade à técnica da separação de poderes, divulgada por Montesquieu, que tinha como finalidade conter o poder estatal para assegurar o governo moderado. Esta era a engenharia institucional do Estado Liberal, que tinha como tê-los a liberdade individual.

Já a democracia, conceito central do pensamento de Rousseau, foi por muito tempo postergada, já que os direitos políticos foram conferidos à burguesia através da instituição do voto censitário. Apesar do reconhecimento jurídico da igualdade formal entre as pessoas, não faltaram justificativas para a exclusão dos direitos políticos dos pobres.

Na doutrina liberal dos direitos humanos, foram articulados dois sistemas diferentes para a proteção da liberdade humana: 1) nas relações entre o Estado e indivíduo valia a constituição, que limitava os governantes em prol de liberdade individual dos governados; 2) o Código Civil, no campo privado juridicizando as relações entre particulares de acordo com as

---

<sup>6</sup> A obra política mais importante de Locke, onde o autor inglês expõe sua versão do contrato social, é o Segundo Tratado sobre o Governo, publicada em 1960. No presente estudo foi consultada as traduções constantes em: Os pensadores: Locke. Trad. Anuar Alex e E. Jacy Monteiro, 2º ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 33-131.

regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na ideia de autonomia privada.

Dentro deste paradigma, na visão de SARMENTO<sup>7</sup> os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. Desta forma cria-se uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e o do Estado, entre a esfera privada e a pública. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado.

SARMENTO<sup>8</sup> aponta a ideia de **Karl Marx**, ironizando o liberalismo: de que o indivíduo era compreendido como um átomo social, uma mônada ensimesmada, e a sociedade como um *locus* da livre concorrência entre estes indivíduos, que mantinham entre si relações do tipo contratual ou quase contratual.

Na lógica liberal, a separação ente Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual.

Na dicotomia Direito Público e Privado, imperava no âmbito do Direito Público os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

Tal perspectiva relacionava-se estritamente com o modelo econômico do *laissez faire*, que acreditava no poder da “mão invisível” (**Adam Smith**) do mercado de equacionar os problemas sociais. O Estado se ausentava da esfera econômica, que permanecia à mercê das forças do mercado, limitando-se ao modesto papel de protetor da segurança interna e externa e da propriedade civil, dinamizada pela energia do mercado.

Com o passar do tempo, o ideário jusnaturalista conseguiu se impuser nos ordenamentos jurídicos, seja nos textos constitucionais escritos, que limitavam o poder do estado em benefício da liberdade individual, seja nas codificações privadas, que disciplinavam, de forma geral e abstrata e com pretensões de exaustividade, as relações travadas entre os indivíduos na sociedade.

Emerge também o positivismo jurídico, que em nome da segurança jurídica, identifica o Direito à lei posta pelo Estado.

---

<sup>7</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 28

<sup>8</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 29

**JELLINEK**<sup>9</sup>, principal formulador do conceito de Direitos Públicos Subjetivo, dizia que estes não eram direitos naturais inatos, que antecederiam ao poder estatal, mas autolimitações a este poder, que geravam pretensões do indivíduo frente ao Estado, as quais deveriam ser exercidas exclusivamente dentro do marco estabelecido pelas leis.

Esta perspectiva liberal manifestou-se em nossas Constituições de 1824 e 1891. Na primeira, é certo, de modo parcial, em razão da concentração de poderes nas mãos do imperador – titular desta excentricidade que foi o Poder Moderador, e da subsistência de institutos antiliberais, odiosos e anacrônicos como a escravidão dos negros e os privilégios da nobreza. Já na nossa primeira carta republicana, o liberalismo estava presente de forma mais clara, o que se deve, sobretudo à influência marcante que sobre ela exerceu o constitucionalismo norte-americano.

Apesar disso, pode-se dizer que o Brasil jamais vivenciou o liberalismo em sua pureza, já que nossa economia, desde os seus primórdios, sempre gravitou em torno de um Estado Cartorial. Como registrou o saudoso José Guilherme Merquior, “em nosso Estado patrimonial-protecionista, digno senhor de uma sociedade senhorial e patriarcal, o liberalismo foi, com frequência, mais fachada que substância.

## 2.1 Paradigmas Sociais

No que tange aos paradigmas sociais, de acordo com SARMENTO<sup>10</sup>, apesar dos progressos que o advento dos direitos liberais representou para a Humanidade, a realidade mostrava a sua insignificância para assegurar a dignidade humana. A industrialização realizada sob o signo do *laissez faire, laissez passer*, acentuara o quadro de exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal absentéista não tinha como resolver. Era preciso avançar, ir além, para aprofundar a luta pelos valores humanitários latentes no iluminismo.

**Outro expoente da época foi KARL MARX**<sup>11</sup>, onde o mesmo ressalta que: os direitos humanos do liberalismo compunham a superestrutura ligada à dominação econômica exercida pela burguesia sobre o proletariado. Era uma fachada, que visava conferir um verniz de legitimidade a uma relação de exploração, que só teria fim com a implantação do comunismo e o fim das classes sociais.

---

<sup>9</sup> JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1999.

<sup>10</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.30

<sup>11</sup> MARX, Karl. *Para a questão Judaica*. Lisboa: Avante, 1997, p.75 et seq.

Afirmava Marx que de nada adiantava o Estado Abolir, para fins políticos, as distinções fundadas no nascimento, na classe e na ocupação profissional, se ele deixasse que estas distinções atuassem, à sua maneira, na sociedade. Para o Marxismo, a liberdade privada – a de indivíduos senhores das suas vontades, negociando paritariamente – totalmente contraditória com a realidade efetiva, que era antes a de indivíduos condicionados por constrangimentos econômico-sociais e negociando em posições desequilibradas.

Nesta época, a Doutrina social da Igreja: embora discordando radicalmente da ideia marxista de luta de classes, abria-se para a questão operária, defendendo a instituição de direitos mínimos para o trabalhador, a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, editada em 1891. Em continuidade o Papa Pio XII dá continuidade a esta pregação na *Quadragesimo Anno*, de 1931, e o tema será revisado em vários outros documentos pontifícios, como Encíclicas *Mater et Magistra* (1961) e *Pacem in Terris* (1963), de João XXIII e *Populorum Progressio* (1967) e *Humanae Vitae* (1969), de Paulo VI.

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.

Nos aspectos históricos ocorridos no mundo que influenciaram as ideias marxistas, temos a Revolução Russa: em 1917, pois quase um terço da humanidade estava vivendo em regimes diretamente derivados do modelo soviético, da apropriação coletiva dos meios de produção. O medo de que processos semelhantes pudessem acontecer nos países de capitalismo evoluído, certamente diminuiu as resistências na transição do Estado Liberal para o Welfare State.

A democratização da política rompera a hegemonia absoluta da burguesia no Parlamento, abrindo caminho, no plano político, para a afirmação das necessidades dos extratos mais desfavorecidos da população. Surge então, na virada para o século XX, o Estado do Bem-Estar Social, e com ele a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação, etc.).

Estes novos direitos penetraram nas constituições a partir da Carta Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919.

Mas foi a grande crise do capitalismo, no período entre as duas grandes guerras mundiais, cujo apogeu consistiu no colapso da Bolsa de Nova Iorque em 1929, que evidenciou a definitiva superação do modelo liberal de Estado (embora o neoliberalismo pretenda ressuscitá-lo).

A chamada Constituição dirigente substituiu as antigas constituições liberais, contendo um projeto global de transformação da sociedade. Mas a ambição desmedida deste texto vai enfrentar enormes dificuldades para se impor na prática.

As promessas descumpridas vai se acumular nos textos constitucionais, aqui e alhures, frustrando expectativas e disseminando a ideia de que as constituições não são para valer; que não passam de folhas de papel, no sentido de Lassale, ou de peças retóricas, muito longe da realidade das pessoas.

O primado do público sobre o primado no Estado Social expressa-se pelo aumento da intervenção estatal e pela regulação coativa dos comportamentos individuais e dos grupos intermediários.

Nas palavras de Norberto Bobbio<sup>12</sup>

[...] com o declínio dos limites à ação do Estado, cujos fundamentos éticos haviam sido encontrados pela tradição jusnaturalista na prioridade axiológica do indivíduo com respeito ao grupo, e na conseqüente afirmação dos direitos naturais do indivíduo, o Estado foi pouco a pouco se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa.

Entretanto, esta visão simplificadora e esquemática dos direitos fundamentais não tinha como sobreviver ao advento da sociedade técnica de massas, na sua enorme complexidade.

No contexto da economia capitalista, o poder crescente de instâncias não estatais como as grandes empresas e associações, tornara-se uma ameaça para os direitos do homem, que não poderia ser negligenciada, exigindo que a artilharia destes direitos se voltasse também para os atores privados.

Estes, que até então eram apenas titulares de direitos humanos oponíveis em face do estado, assumem agora, em determinados contextos, a condição de sujeitos passivos de tais direitos.

Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que estender estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais humanitários em que se lastreiam.

### **3 A GLOBALIZAÇÃO E O PARADIGMA PÓS-SOCIAL**

---

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade. 4º ed., Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p.25



A partir dos dois choques do petróleo na década de 70, instaura-se uma crise no *Welfare State*, que põe em choque a lógica do dirigismo estatal. O estado, que havia se expandido de modo desordenado, tornando-se burocrático e obeso, encontrava enormes dificuldades para se desincumbir das tarefas gigantescas que assumira.

Esta crise se acentua em razão da globalização econômica. Esta é o resultado de um processo histórico muito provavelmente irreversível, que se acelerou vertiginosamente nas décadas finais do século XX. O espantoso avanço tecnológico no campo da informática e das telecomunicações encurtou distâncias, ampliou mercados, homogeneizou costumes e diluiu a importância das fronteiras nacionais.

Sob o impacto da globalização o Estado se debilita, na medida em que vai perdendo o domínio sobre as variáveis que influem na sua economia. Deteriora-se a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, de regulamentação e fiscalização do seu mercado interno, e com isso o seu poder de garantir a eficácia dos direitos sociais.

A Nova Direita, que ganhou força a partir dos governos de Margareth Thatcher na Inglaterra e Ronald Reagan nos EUA, conjuga o conservadorismo no campo social (preocupação com os valores familiares tradicionais, truculência em relação as minorias, política da *law and order* no campo penal, etc.), com o liberalismo na seara econômica, na qual preconizava uma diminuição do tamanho do Estado, com a redução drástica dos gastos sociais.

No plano teórico, esta cosmovisão, que podemos chamar de neoliberal, tem como ícone o pensamento de **Friedrich August Hayek**<sup>13</sup>, metade do século XX. Defendia o Estado mínimo, e, coerente com esta visão, enunciou, numa obra de maturidade, a sua definição minimalista de direitos fundamentais como “direitos que simplesmente pretendem proteger a liberdade individual, como ausência de coerção arbitrária”.

A globalização vem alimentando o processo de esfacelamento do Estado-Providência, na medida em que vai corroendo o seu poder de efetivamente subordinar, de modo soberano, os fatores econômicos e sociais que condicionam a vida de cada comunidade política. Cada vez mais avulta a importância de variáveis exógenas sobre a economia nacional, sobre as quais o Estado-Nação não exerce nenhum poder. Houve a migração do modelo fordista para o toyotista.

Isto desencadeia o chamado de colapso do comunismo, simbolizado pela queda do Muro de Berlim, eliminou uma das ideologias rivais que se defrontavam e disputavam espaço num

---

<sup>13</sup> HAYEK. Friedrich August. *Law, Legislation and Liberty*, v. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1979, p. 111

mundo até então bipolar. O capitalismo ficou mais à vontade para impor, agora sem concessões, seu modelo econômico e social.

No Brasil não foi diferente, com efeito, nossa Constituição, que consagra um modelo de Estado do Bem-Estar Social, fortemente intervencionista, foi pega no contrapé pela onda neoliberal que varreu o mundo na fase final do século XX. Assim, a partir de 1995, o governo federal, com o apoio de bancada parlamentar amplamente majoritária, iniciou um ciclo de reformas na ordem constitucional econômica brasileira, buscando redefinir o papel do Estado, envolvendo a extinção de certas restrições existentes ao capital estrangeiro (EC nº 6 e 7) e a flexibilização de monopólios estatais sobre o gás canalizado, as telecomunicações e o petróleo (EC nº5, 8 e 9).

Desenvolveu amplo programa de privatizações (Vale do Rio Doce e Telebrás). A Emenda nº 19 alterou a estrutura da administração pública e a filosofia da administração pública e reduzir seus gastos. Da administração burocrática para a administração gerencial.

Parece evidente que este novo modelo de Estado reclama com intensidade ainda maior a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. De fato, se o reiterado do papel do Estado, com a devolução de vastos campos de atuação para a iniciativa privada, ensejasse a multiplicação de esferas desprovidas da cobertura dos direitos humanos, desproteger-se-ia, de modo inaceitável, o cidadão diante do poder social.

Para minimizar os riscos e atenuar males do Estado pós-social, é preciso reforçar a enfática dos direitos humanos e fundamentais sobre as relações privadas, protegendo da barbárie e da opressão os excluídos, que já não contam em seu favor com a estrutura do *Welfare State*.

O mundo pré-moderno caracterizava-se pela presença de um centro, que fornecia toda a orientação necessária para o agir humano. Dentre os fatos que marcaram o início da Era Moderna podem-se citar os seguintes: 1. Progresso nas Ciências; 2. Reforma na Europa; 3. Invenção da Imprensa; 4. Avanço nas Artes durante a Renascença; 5. Ressurgimento do Humanismo na Filosofia; 6. Grandes Navegações; 7. Colonização do Novo Mundo.

O surgimento da Modernidade encontra-se profundamente associado à perda de referências externas absolutas e transcendentais, ao descentramento causado pela dissolução dos polos de orientação do agir humano, no processo que Max Weber denominou de “desencantamento do mundo”.

Depois da Reforma, já não seria possível fundamentar o comportamento humano nos dogmas religiosos, pois se rompera o monopólio da verdade mantido por séculos pela Igreja Católica, o pluralismo tornara-se um fato. Neste contexto, exsurge o indivíduo como o novo

protagonista da história, alimentado pela filosofia racionalizadora de René Descartes, que com seu novo método fundado na dúvida sistemática e na separação entre sujeito e objeto, abrirá a senda para a evolução científica.

Na política, a Modernidade se identifica com valores da liberdade, igualdade, solidariedade e democracia, em torno dos quais foi erigido o Estado Moderno. As duas grandes ideologias que dividiram o mundo no século XX, liberalismo e socialismo, realizam leituras diferentes destes mesmos valores, mas deles não se afastaram. São ambas, portanto, essencialmente modernas, indiscutíveis legados do iluminismo.

No entanto, discute-se hoje a crise da Modernidade, e há quem fale no advento de uma Era Pós-Moderna.

SARMENTO<sup>14</sup> afirma que a Modernidade falhou nos seus objetivos, pois não conseguiu resolver ou minimizar os problemas da Humanidade, nem dar respostas para as questões que são verdadeiramente importantes para as pessoas. Segundo alguns, o ideário da Modernidade teria se exaurido no século XX, com a constatação da impotência do seu discurso e das suas propostas grandiloquentes para enfrentar os problemas emergentes em uma sociedade hipercomplexa, globalizada, fragmentada e descentrada.

Assim, é neste ambiente cultural que surgiu a Pós- Modernidade, alicerce nos ideias pós-estruturalistas franceses: Michel Foucault, Jacques Derrida; Gilles Deleuze; Jean François Lyotard; Ideias antirracionalista de Friedrich Nietzsche; Que dialogam com a psicologia de Lacan; a epistemologia de Khun; Lakatos e Feyerabend. A hermenêutica de: Heidegger e Gadamer.

As projeções do pós-modernismo sobre o Direito são ainda controvertidas e incertas, mas alguns pontos podem ser destacados, por integrarem o denominador comum entre diversas correntes do pensamento pós-moderno, senão vejamos: 1. Desponta a aversão às construções e valores jurídicos universais, apontando como etnocêntricos o que se aplica, por exemplo, aos direitos do homem. Prefere-se o relativismo ao universalismo, destacando a importância das tradições locais na identidade humana e revalorizando as experiências jurídicas das culturas não ocidentais; 2. O Direito pós-moderno é refratário à abstenção conceitual e à axiomatização: prefere o concreto ao abstrato, o pragmático ao teórico. 3. Fala-se em uma desregulamentação e deslegalização, partindo-se da premissa de que a intervenção normativa excessiva do Estado é perturbadora da harmonia dos subsistemas sociais.

---

<sup>14</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.55-67.

Nessa linha, desponta a teoria do Direito como sistema autopoietico, de **Niklas Luhmann**<sup>15</sup> e **Gunther Teubner**<sup>16</sup>, inspirada pelo trabalho dos biólogos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana. Segundo esta perspectiva, o direito contemporâneo constituiria um sistema fechado em relação à sociedade.

Dentro desta perspectiva autopoietica, a ideia de legitimidade do Direito é despida de colorações éticas e passa a fundar-se exclusivamente no procedimento. Direito legítimo é o direito positivado de acordo com as regras processuais estabelecidas em cada ordem jurídica. Sob esta ótica, o Direito volta a ser visto como pura forma, à qual é possível atribuir-se qualquer conteúdo, tal como nas versões mais radicais do positivismo jurídico.

#### **4 A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA, A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.**

A noção de que a Constituição é uma norma jurídica, dotada de caráter imperativo, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados, embora possa hoje parecer completa obviedade, demorou muito tempo para se firmar. Sustentava-se inclusive, que as declarações de direitos incorporadas às constituições teriam conteúdo exclusivamente moral, mas não qualquer eficácia jurídica.

Todavia, a adoção generalizada de instrumentos de controle de constitucionalidade em todo mundo, ao longo do século XX, foi modificando esta concepção, tendo importado na afirmação prática do valor jurídico e da superioridade normativa da Constituição. Passa-se desta forma do Estado de Direito para o Estado Constitucional.

#### **5 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O PÓS-POSITIVISMO**

Uma das principais características do Direito Constitucional Contemporâneo, que atravessa fase que vem sendo denominada de pós-positivismo, é a importância central atribuída aos princípios, com o reconhecimento da sua força normativa.

Na verdade, os princípios constitucionais encarnam juridicamente os ideais de justiça de uma comunidade, escancarando a Constituição para uma leitura moral, pois é, sobretudo

---

<sup>15</sup> A teoria do Direito de Niklas Luhman é extremamente complexa e envolve um emaranhado de conceitos e idéias que não teríamos como explicar, sem nos afastar muito dos nossos objetivos. Vide. LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito. V. I e II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

<sup>16</sup> TEUBNER, Günther. O Direito como Sistema Autopoietico. Trad. José Engracia Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

através deles que se dará uma espécie de positivação constitucional dos valores do antigo direito natural, tornando impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da Constituição.

A concepção hermenêutica do normativismo de **Kelsen e Hart**, embora superior a mais realista do que advogada pelo positivismo clássico retira a possibilidade de discussão racional sobre as escolhas dos operadores do direito realizadas dentro da moldura da norma, ou nos casos difíceis, confinando-as ao decisionismo incontrolável do intérprete ou juiz.

De acordo com SARMENTO, no campo do Direito Constitucional, a doutrina positivista inseria os princípios no universo das normas constitucionais não autoaplicáveis desvestidas de valor jurídico.

Hoje, tornou-se praticamente consensual a ideia de que os princípios são normas jurídicas. Dividem-se em princípios e regras.

CANOTILHO<sup>17</sup> lista os principais critérios para distinção entre princípios e regras: 1. GRAU DE ABSTRAÇÃO: os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; 2. GRAU DE DETERMINABILIDADE: na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?). Enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; 3. CARÁCTER DE FUNDAMENTABILIDADE NO SISTEMA DE FONTES DO DIREITO: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema estruturante dentro do sistema jurídico; 4. PROXIMIDADE DA IDEIA DE DIREITO: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; 5. NATUREZA NORMOGENÉTICA: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentadamente.

Sendo, pois, a distinção feita na doutrina contemporânea entre princípios e regras tem seu marco fundamental na obra de Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, publicada em 1977. Onde traça uma diferença qualitativa entre os princípios e regras, ligado a seu modo de incidência.

Para Dworkin<sup>18</sup> resolver um conflito entre regras, é necessário recorrer aos critérios clássicos de resolução de antinomias (hierárquico, cronológico e de especialidade). (adepto do Estado Liberal)

---

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional*. 5º ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 14

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

Já os princípios, em razão da dimensão de peso que possuem, nesta hipótese, o conflito é solucionado levando em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas presentes no caso, a fim de que se possa precisar em que medida cada um cederá espaço ao outro.

Dworkin recorre à figura do juiz Hércules, onisciente e dotado de qualidades ideais, que iria buscar sozinho a resposta correta para cada caso.

O conceito de princípio de Dworkin foi retomado e desenvolvido por **Robert Alexy**, que esclarece que o conflito entre regras é resolvido de modo diverso do que se estabelece entre os princípios. Entre as regras, a colisão é solucionada com a introdução de uma cláusula de exceção (a regra mais especial regula o caso em detrimento a da mais geral), ou mediante o reconhecimento da invalidade de uma das regras em confronto. Já com os princípios, o conflito não se dá no campo da validade, mas na dimensão de peso. Em casos de colisão, torna-se necessário realizar uma ponderação no caso concreto, na qual cada princípio cederá espaço ao outro, através de restrições e compressões recíprocas que devem respeitar o princípio da proporcionalidade. (adepto do Estado Social).

Alexy<sup>19</sup> refuta a ideia do juiz Hércules, sendo necessário estabelecer procedimentos racionais intersubjetivos para a procura da melhor resposta judicial nas questões constitucionais difíceis, permitindo assim um controle social sobre a argumentação jurídica desenvolvida pelos magistrados.

De qualquer forma, hoje é predominante na doutrina a ideia de que a colisão entre princípios resolve-se através de uma ponderação. A questão não é pacífica, pois autores influentes como **Jurgen Habermas, Klaus Gunther, Friedrich Muller**, questionam a ideia de ponderação, que segundo eles, pressuporia uma confusão entre juízos axiológicos e deontológicos, e importaria em insegurança e decisionismo judicial.

Preferem estes autores acima mencionados a concepção de que, nos conflitos entre princípios, deve-se empregar um juízo de adequação, para, através da análise de todas as variáveis fáticas e normativas do caso, concluir sobre qual princípio realmente incide, com a exclusão do outro.

## **6 O DIREITO EM BUSCA DE UM CENTRO: DO CÓDIGO CIVIL À CONSTITUIÇÃO**

---

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1985. Trad. Por Luís Virgílio Afonso da Silva sob o título de “Teoria dos Direitos Fundamentais”. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

Na Europa do século XIX, o ideal da codificação relacionava-se estreitamente com o modelo do Estado Liberal, que era aquele no qual, segundo Habermas, “(...) uma sociedade econômica, institucionalizada através do Direito Privado (principalmente através dos direitos de propriedade e da liberdade dos contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera da realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos de mercado.

Tratava-se de uma sociedade de Direito Privado, na qual cabia ao Código delimitar a esfera da liberdade privada dos indivíduos, nas relações que estes mantinham no mercado.

No Brasil, como se sabe, o antigo Código Civil só veio a ser editado em 1916, enquadrando-se no que Antônio Menezes Cordeiro denominou de codificação tardia. Até então, vigoraram no Brasil as Ordenações Filipinas, de Portugal, mantidas mesmo após Declaração de Independência. Quando o Código foi editado em 1916, já estava em franco declínio na Europa a Era das Codificações, e o intervencionismo estatal começava a despontar. De qualquer forma, na década de 30, quando se instaura o *Welfare State*.

Com a fragmentação do sistema de Direito Privado, a Constituição, que no contexto do Estado Social passara também a disciplinar as relações econômicas e privadas, vai converter-se em centro unificador do ordenamento civil.

Por outro lado, é importante destacar, no caso brasileiro, que o advento do novo Código Civil, recentemente editado, não teve o condão de reunificar sob a sua égide todo o Direito Privado, deslocando a Constituição do centro do sistema. Para isso, faltariam poderes ao legislador ordinário, que não teria como subverter a hierarquia do ordenamento.

O Código Civil de 2002, apesar dos seus avanços em relação à vetusta codificação, fica ainda bem aquém da Constituição Federal no que concerne ao alicerçamento do Direito Privado sobre as bases mais solidarísticas.

Cumprido, por outra banda, destacar a constitucionalização do Direito Privado não se resume ao acolhimento, em sede constitucional, de matérias que no passado eram versadas no Código Civil. O fenômeno é muito mais amplo, e importa na releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição Republicana.

É importante ressaltar a possibilidade de aplicação direta da constituição nas relações privadas sempre que possível. Como norma jurídica que é dotada de imperatividade, a Constituição não necessita de mediação do legislador civil para incidir sobre tais relações, podendo, por si só, alcançá-las com seus comandos.

Neste sentido, no Brasil, manifestou-se Carlos Alberto Bittar<sup>20</sup>, quando, tratando da incidência da Constituição de 1988, então recém-editada, sobre o Direito Civil, averbou que “as relações privadas somente se conduzirão pelos novos princípios uma vez adaptados a legislação interna correspondente.”.

Já em Portugal, Carlos Alberto da Mota Pinto, mesmo reconhecendo que a Constituição contém “força geradora de direito privado”, já que seus comandos “ não são meras diretivas programáticas de caráter indicativo, mas normas vinculativas que devem ser acatadas pelo legislador, pelo juiz e demais órgãos constitucionais.” afirmou que a Lei Maior à atividade privada, independentemente de mediação legislativa, faz-se apenas em casos absolutamente excepcionais.

## **7 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITO PRIVADO E CONSTITUIÇÃO**

**Tem-se uma nova Estruturação da CF/88:** Direitos Fundamentais na parte inicial do texto magno, antes das normas sobre a organização do Estado, relevância sua importância.

Nesta esteira, o princípio da dignidade humana toma fundamento da República (art.1, III), e unifica todo o sistema jurídico dos direitos fundamentais: “epicentro axiológico da ordem constitucional”. De acordo com Paulo Bonavides<sup>21</sup> (p. 15): “nenhum princípio é mais valioso do que a dignidade humana para interpretar a Constituição”.

O Princípio da dignidade humana passa a exprimir a primazia da pessoa humana sobre o Estado: sendo a pessoa um fim, e o Estado um meio para garantir a proteção e acesso aos direitos fundamentais.

De acordo com SARMENTO<sup>22</sup>, a aplicação da dignidade humana no Direito Privado se dá através do fenômeno da despatrimonialização do Direito Privado adequando ao ordenamento jurídico. Cenário em que os bens e direitos patrimoniais não constituem nesta vertente um fim em si mesmo, mas um meio para realização da pessoa humana.

**Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal decidiu que** “A imagem do Homem na Lei Fundamental” não é aquela de um indivíduo isolado, mas sim sua interdependência de viver em sociedade.

---

<sup>20</sup> BITTAR, Carlos Alberto. O direito civil na Constituição Federal de 1988. 2º ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. No prefácio à obra de SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, op. cit., p. 15

<sup>22</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.111-122.



Assim a solidariedade ganhou relevância neste sistema, tanto que a Constituição de 1988 marcou o reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a democracia, pretendendo ser o signo de uma nova era do país, timbrado pela justiça social, pela solidariedade e pelo pluralismo democrático.

Passa a adotar uma ampliação das hipóteses de restrição da autonomia de vontade: para adequar ao texto constitucional.

Nesta perspectiva, a intervenção estatal nas relações privadas se justifica em duas situações: 1. proteção da parte mais fraca nas relações jurídicas; e 2. Promoção de interesses gerais da coletividade.

De acordo com SARMENTO<sup>23</sup>, não se pode falar que as limitações à autonomia privada derivam do reconhecimento da primazia dos interesses coletivos sobre os individuais, não se compatibiliza com ordem constitucional centrada na pessoa humana, em que o homem, e não a sociedade ou o Estado continua sendo “medida de todas as coisas”.

Os reflexos da visão personalista do Direito Privado se projetam em todos os campos jurídicos, demonstrando assim, o seu caráter e inferência em sede de direitos humanos, fundamentais e da personalidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir de tudo o que foi interpretados e estudados durante os movimentos Liberais, Sociais e Pós-Sociais, pode-se chegar ao fim deste artigo com o entendimento sólido de que tais ideias demonstraram uma evolução gradativa desses movimentos importante para se formar uma sociedade verdadeiramente democrática e social, visando ter a pessoa humana como o centro do ordenamento jurídico pátrio.

Nota-se que em um primeiro momento, os ideais liberais eram tido aqueles onde o Direito Privado era colocado no centro do ordenamento jurídico através da interpretação do Código Civil.

Destarte, com o passar dos anos, esse contexto foi mudando e se adaptando a evolução da sociedade, onde as pessoas após anos de intensas lutas, guerras e reivindicações foram adquirindo direitos, sendo posta atualmente ela no centro do ordenamento jurídico pátrio, sendo

---

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.122.

analisados os direitos humanos, direitos fundamentais sob a ótica do fenômeno da personalização do Direito Privado.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Estado, **Governo e Sociedade**. 4° ed., Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p.25.

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A.; SILVA, R. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Religion without God**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

HAYEK, Friedrich August. **Law, Legislation and Liberty**, v. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1979, p. 111

JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi**. Milano: Società Editrice Libreria, 1999.

KHUN, Thomas. **The Structure of Scientific Revolutions**. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOCKE, John; Trad. Anoar Alex e E. Jacy Monteiro, Tradução livre: **Os pensadores**: Locke. 2° ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 33-131.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. V. I e II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARX, Karl. **Para a Questão Judaica**. Lisboa: Avante, 1997, p.75 et seq.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engracia Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.