

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada

Daniel Sarmento*

“A partir deste instante a liberdade será algo vivo e transparente, como um fogo ou um rio, e sua morada será sempre o coração do homem”
(Thiago de Mello).

Sumário: 1 Introdução. 2 Liberdade no “jardim”, liberdade na “praça” e as condições da liberdade: fundamentos teóricos. 3 A autonomia privada e suas limitações. 4 A liberdade no Direito Constitucional norte-americano: técnicas institucionais, “Lochner Era” e a doutrina das “liberdades preferenciais”. 5 A relatividade das liberdades econômicas na Alemanha. 6 A proteção à autonomia privada na ordem constitucional brasileira.

1 Introdução

Liberdade: “Condição daquele que é livre. Capacidade de agir por si mesmo. Autodeterminação. Independência. Autonomia”¹. Liberdade: “liberdade-ídolo, mistificação liberal inscrita nas bandeiras, nas constituições, na publicidade (‘liberdade é uma calça jeans desbotada’) e até mesmo no nome do partido nazista da Áustria hoje no poder – o Partido da Liberdade”². Afinal, o que é a liberdade?

* Daniel Sarmento é Procurador Regional da República, Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ.

¹ Extraído do verbete “Liberdade” (em JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. p. 151).

² NOVAES, Adauto. O risco da ilusão. In: NOVAES, Adauto (Org.). *O avesso da liberdade*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002. p. 7. Essa citação não revela nenhum menosprezo do autor citado pela liberdade. Seu objetivo era, antes, o de demonstrar como essa palavra mágica se presta para os mais variados “fins”. Aliás, nessa mesma linha registrou Felix E. Oppenheim: “A palavra Liberdade tem uma notável conotação laudatória. Por esta razão, tem sido usada para acobertar qualquer tipo de ação, política ou instituição

Para Montesquieu, nenhuma outra palavra recebeu tão diferentes significados e atingiu tanto os espíritos como a liberdade³. E a conceituação da liberdade é, sem dúvida, uma questão central não só para a Filosofia, como também para o Direito, que tem como função, segundo Kant, permitir a coexistência entre as liberdades das pessoas de acordo com leis universais de conduta⁴.

Mas a liberdade envolve uma série infindável de questões filosóficas que não teríamos aqui como examinar. Temos realmente liberdade de escolha ou nossos caminhos já estão previamente traçados? Estamos condenados à liberdade, como diria Sartre, ou somos apenas vítimas ou beneficiários do acaso e das contingências? Navegamos ou somos navegados pelo mar, como sugere a bela música de Paulinho da Viola? Como fica a liberdade, diante dos inúmeros fatores condicionantes da nossa vida, de natureza biológica, psicológica, histórica, social e econômica, sobre os quais não exercemos quase nenhum poder?⁵ Essas indagações comportam respostas que variam de acordo com as inclinações filosóficas, ideológicas e até religiosas de cada um. Mas vamos fugir dessas aporias, pois nosso propósito aqui é muitíssimo mais modesto. O que almejamos é bosquejar os contornos da proteção constitucional conferida à liberdade e, em especial, a um dos seus componentes essenciais, que é a autonomia privada.

Quando falamos em autonomia privada, o fazemos em sentido amplo. Ela é aqui entendida como a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual. É importante demarcar esse conceito, pois há autores que falam em autonomia

considerada como portadora de algum valor, desde a obediência ao direito natural ou positivo, até a prosperidade econômica” (Liberdade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 2, p. 709).

³ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Les principes philosophiques du droit politique moderne*. Paris: PUF, 1997. p. 262.

⁴ Cf. COING, Helmut. *Elementos fundamentais de filosofia do direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 61.

⁵ Para uma visão panorâmica e didática dessas questões, veja-se: CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 357-366; e SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*. Trad. João Dell’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 109-132.

privada num sentido mais restrito, de autonomia negocial⁶. No Direito Privado essa conotação restritiva é a mais freqüente. Porém, no sentido em que empregamos a expressão, a autonomia privada envolve tanto aspectos ligados a escolhas existenciais – Com que pessoas mantereirelações de amizade e de amor? Como vou conduzir minha vida sexual? Como vou me vestir e manter minha aparência? –, como engloba também dimensão mais prosaica da vida humana, concernente à celebração de contratos e outros negócios jurídicos de caráter patrimonial⁷.

Não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos que deve trilhar. Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas e mundividências, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes. Essa é uma idéia central ao Humanismo e ao Direito Moderno. De fato, cumpre recordar que os poderes públicos não possuem autonomia privada e estão jungidos de forma diferente à ordem jurídica, pois só podem fazer o que ela determina ou autoriza. O princípio da legalidade, quando endereçado ao Estado, assume postura mais rigorosa no afã de, por um lado, refrear o arbítrio estatal em benefício da liberdade individual, e, por outro, condicionar o exercício do poder ao consentimento dos governados, manifestado por intermédio da lei aprovada por seus representantes. Já os particulares são titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva do reconhecimento da sua dignidade.

Mas, se é certo que a autonomia privada recebe proteção da ordem constitucional, também está fora de dúvida que, dentro do quadro axiológico delineado pela Constituição de 1988, essa tutela não é uniforme, sendo muito mais intensa no plano concernente às escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo da sua vida

⁶ Assim, Ana Prata (*A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982), conforme definição enunciada nas p. 13-17.

⁷ Adotando exegese semelhante, ver PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 17-19.

patrimonial e econômica. Por outro lado, considerando a noção de *pessoa* subjacente à ordem constitucional brasileira, é fácil inferir que a proteção da autonomia privada, em cada caso, não pode prescindir de considerações a propósito das condições efetivas de liberdade do sujeito de direito no mundo da vida. Até que ponto um ato aparentemente livre de um particular hipossuficiente, numa relação travada com outro mais poderoso, é o resultado da sua autodeterminação, ou se trata do produto de constrangimentos externos, de origem econômica e social, aos quais o Direito não pode permanecer indiferente? Questões como essa não devem ser negligenciadas pelo intérprete, sobretudo no âmbito de uma sociedade tão injusta e desigual como a brasileira.

Assim, pretendemos neste artigo, inicialmente, examinar as modalidades de liberdade constitucionalmente protegidas, a partir da clássica clivagem entre autonomia pública e autonomia privada, abordando também a relevante questão dos pressupostos materiais dessas liberdades. Em seguida, aprofundaremos a análise sobre a autonomia privada, com o objetivo de desvelar o processo histórico através do qual a proteção jurídica concedida a ela foi, a partir do ocaso do Estado liberal-burguês, se deslocando do campo econômico-negocial para a esfera das opções humanas existenciais. Abordaremos a questão à luz do direito comparado, destacando a evolução da jurisprudência constitucional norte-americana, da *Lochner Era*, que elevava ao paroxismo o individualismo possessivo, até a doutrina hodierna das *preferred freedoms*. Veremos, ainda, como o direito constitucional alemão confere uma proteção apenas relativa às liberdades econômicas, situando-as num patamar axiológico inferior ao de outros direitos fundamentais. Para encerrar, mostraremos como esse processo de “humanização” da liberdade foi recepcionado pela ordem constitucional instaurada pela Carta de 1988, descrevendo a heterogeneidade com que se apresenta hoje a tutela da autonomia privada no direito brasileiro vigente.

2 Liberdade no “jardim”, liberdade na “praça” e as condições da liberdade: fundamentos teóricos

A teoria constitucional moderna vem buscando equilibrar-se em torno de duas idéias diferentes de liberdade: a liberdade do

cidadão, de participar na formação da vontade do Estado, tornando-se co-autor do destino da sua coletividade, e a liberdade do burguês, equivalente à “fruição pacífica da independência individual ou privada” (BENJAMIN CONSTANT). Enquanto as teorias democráticas e republicanas propenderam para a afirmação da primazia da primeira liberdade, identificada com a idéia de autonomia pública ou soberania popular, do cidadão “na praça”, os liberalismos de variados matizes preferiram enfatizar a preeminência da segunda liberdade, vinculada à idéia de autonomia privada, do indivíduo em seu “jardim”⁸.

Para um democrata, ser livre significa, essencialmente, poder ter voz ativa no espaço público, participando, igualmente com os demais membros da comunidade, do seu autogoverno. Liberdade, segundo a definição de Rousseau, “significa obediência à lei que nós nos prescrevemos”⁹. Os democratas mais radicais vêem com reticência os constrangimentos impostos à autonomia popular pelas liberdades constitucionais, que retiram certas questões do espaço de deliberação da sociedade.

Já para um liberal, a liberdade jamais poderá ser equiparada ao governo das maiorias, porque essas podem oprimir as minorias e os direitos individuais dos não conformistas. Como diria Stuart Mill, “o governo pelo povo não constitui necessariamente liberdade”¹⁰. Pela ótica liberal, o essencial para a garantia da liberdade é a contenção do poder, com a salvaguarda de um espaço de autodeterminação individual imune aos seus constrangimentos. Teme-se a imoderação no exercício do poder não só de um possível déspota como também das próprias maiorias do povo.

Como se sabe, Benjamin Constant, em célebre ensaio, afirmou

⁸ Metáfora criada por Nelson Saldanha (*O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986).

⁹ Apud MERQUIOR, José Guilherme. O liberalismo antigo e moderno. In: MERCADANTE, Paulo (Coord.). *Constituição de 1988: o avanço do retrocesso*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990. p. 25.

¹⁰ Apud BINENBOJN, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 231.

que a noção democrática de liberdade estaria ultrapassada, pois corresponderia à “liberdade dos antigos”, da *polis* grega; a liberdade moderna seria a liberdade negativa dos liberais, equivalente à proteção da esfera privada do indivíduo diante dos tentáculos do poder estatal. Todavia, a história tratou de desmenti-lo¹¹. A regra geral que se pôde observar empiricamente é que a luta pela democracia e pela garantia das liberdades individuais, bem como a sua consagração jurídico-política, quase sempre caminharam geminadas, e a experiência brasileira confirma com eloquência essa constatação.

É interessante a observação de Walter Murphy, James Fleming e Sotirios Barber de que o principal embate entre os liberais – que chamam de constitucionalistas – e a teoria democrática não diz respeito

a uma disputa sobre a importância da dignidade humana, mas sobre a melhor forma de proteção deste valor. Em razão da sua desconfiança a respeito da natureza humana, o constitucionalismo não aceita o resultado do processo político, mesmo que aberto, como critério suficiente para legitimar políticas públicas. Em razão da sua crença na preeminência do autogoverno, a teoria democrática não pode aceitar nenhum outro *standard* como de maior ou igual importância¹².

Sem embargo, a maioria dos pensadores contemporâneos mais ligados ao liberalismo reconhece hoje a importância do direito à igual participação política para a afirmação da liberdade¹³, da mesma

¹¹ No mesmo sentido, BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993. p. 116.

¹² MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A. *American constitutional interpretation*. 2nd ed. New York: The Foundation Press, 1995. p. 47.

¹³ Veja-se, nesse sentido, o pensamento dos dois maiores expoentes do liberalismo moderno: RAWLS, John. *A theory of justice*. 20th print. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 221 ss.; e DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 1-38. Até mesmo um liberal radical, como Hayek, admite que “O princípio de que a coerção só deve ser permitida para os fins de garantia à obediência de regras de justa conduta aprovadas por todos, ou pelo menos pela maioria, parece ser condição essencial para a ausência de um

forma que a teoria democrática contemporânea não hesita em afirmar a relevância das garantias jurídicas da liberdade individual, que constituem pressupostos para o funcionamento da própria democracia¹⁴. Apesar da subsistência de possíveis conflitos e tensões entre as idéias de soberania popular e de liberdade individual, parece hoje inequívoco que cada uma tende a se desvirtuar, num círculo vicioso, diante da ausência da outra¹⁵. Com efeito, sem um ambiente político em que as liberdades individuais estejam efetivamente garantidas, com opinião pública livre, tolerância e direito à diferença, a democracia não passará de um simulacro. Mas, sem o governo da maioria e a responsabilidade política dos governantes exigidos pela democracia, seria muito mais fácil para o grupo instalado no poder atropelar as liberdades dos governados em benefício dos seus próprios interesses¹⁶.

Jürgen Habermas¹⁷ propôs uma saída intermediária para a questão da relação entre liberdades individuais e soberania popular. Para ele, não há que se falar em primazia de nenhuma delas. O her-

poder arbitrário e, por conseqüência, para a liberdade” (*Law, legislation and liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1979. v. 2, p. 5).

¹⁴ Nessa linha, vem se desenvolvendo a discussão contemporânea a propósito da chamada “democracia deliberativa”, que tem em Habermas um dos seus expoentes, e que manifesta intensa preocupação com os pressupostos necessários para que uma democracia efetiva possa existir.

¹⁵ Na mesma linha, TOURAINE, Alain. *Qu'est-ce que la démocratie?* Paris: Fayard, 1994. p. 40-87.

¹⁶ Como disse Fábio Konder Comparato, “a liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E as liberdades individuais, sem a efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos” (*A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 51).

¹⁷ A teoria de Habermas sobre a relação entre direitos humanos e democracia é extremamente complexa, de forma que nossa apertada síntese não teve como fugir de simplificações empobrecedoras do pensamento desse grande filósofo. Vale a pena consultar o próprio autor, em especial a obra *Direito e democracia entre facticidade e validade I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 113-168. Para uma exposição clara sobre o pensamento habermasiano nessa questão, veja-se: NASCIMENTO, Rogério Soares do. A ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 451/498.

deiro da Escola de Frankfurt procura, na verdade, estabelecer uma conexão íntima entre os direitos individuais e a soberania popular¹⁸, afirmando que ambos são igualmente essenciais à legitimação do Direito Moderno, no contexto de um mundo “desencantado”, no qual, diante do pluralismo, não é mais possível, nem mesmo no seio das sociedades nacionais, fundamentar a obrigatoriedade das normas em valores substantivos, nem muito menos na simples força. Essa legitimação, para ele, deve ser buscada num procedimento discursivo de formação do direito positivo, realizado sem coerções, no qual todos os afetados tenham iguais possibilidades de participar e de ser, simultaneamente, autores e destinatários das normas elaboradas. Nessa linha, as liberdades individuais, bem como outros direitos fundamentais que ele enuncia, afiguram-se essenciais para viabilizar a possibilidade desse procedimento discursivo, do qual resultará a produção de um direito legítimo. Mas esses direitos fundamentais não são, como eram na tradição do liberalismo clássico, concebidos como direitos naturais, anteriores à fundação da comunidade política. Para Habermas, é a própria coletividade, por meio de um procedimento discursivo racional, que institui tais direitos para passar a protegê-los. Assim, os direitos fundamentais são vistos como um produto do processo político de criação do direito objetivo, numa relação de circularidade. É pleno, nesse sentido, o enlace estrutural entre as liberdades privadas e a soberania popular, segundo a concepção habermasiana.

É interessante observar, por outro lado, que a essa díade conceitual – liberdade como autonomia privada/liberdade como soberania popular –, sobrepõe-se outra clivagem que, apesar dos pontos de contato, com ela não se confunde. Trata-se da importante distinção entre as “liberdades negativas” e as “liberdades positivas”.

Segundo Bobbio, por liberdade negativa entende-se “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir ou não agir, sem ser obrigado a isso ou sem que o impeçam outros sujeitos”¹⁹. É a liberdade como ausência de constrangimentos. Já a liberdade positiva,

¹⁸ Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 135.

¹⁹ BOBBIO, 1993, p. 96.

de acordo com o pensador de Turim, coincide com “a situação em que um sujeito de direito tem a possibilidade de orientar sua vontade em direção a um objetivo, de tomar decisões, sem ver-se determinado pela vontade dos outros”²⁰. Cuida-se da liberdade como capacidade de autodeterminação. Diz-se que ela é positiva porque pressupõe que o indivíduo reúna as condições necessárias para agir, não se esgotando na mera ausência de impedimentos externos. Um exemplo curioso, colhido em Ernst Tugendhat, ilustra bem a diferença: “um alpinista que caiu na fenda de uma rocha está, no sentido negativo, livre para sair porque ninguém impede isto, enquanto no sentido positivo ele não está livre, porque não tem as condições para tal”²¹. Essa classificação coincide com a de liberdade *de* (*freedom from*), em oposição à liberdade *para* (*freedom to*), identificando-se a primeira com a liberdade negativa e a segunda com a positiva²².

Em célebre e polêmico artigo²³, resultante de uma conferência proferida em 1959, o filósofo liberal Isaiah Berlin contestou com veemência e erudição a noção de liberdade positiva, para ele incompatível com o pluralismo. Segundo Berlin, a idéia de liberdade positiva foi, com o passar do tempo, sendo associada não mais ao indivíduo e sim à coletividade. Justificava-se, em seu nome, que as autoridades públicas agissem no sentido da realização de projetos coletivos do bem comum, supostamente em benefício dos indivíduos, mesmo que à revelia das suas vontades. Adotada a perspectiva positiva da liberdade, o Estado ou a comunidade, segundo Berlin, poderiam “obrigar o indivíduo a ser livre”. E as lutas pelas grandes verdades religiosas, ideológicas ou filosóficas que nutriam aqueles projetos coletivos identificados com a liberdade positiva, foram, de acordo com o filósofo liberal, o altar em que a própria liberdade acabou

²⁰ Idem, *ibidem*, p. 100.

²¹ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Trad. Róbson Ramos dos Reis e outros. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 387.

²² Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 257.

²³ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *Estudos sobre a humanidade*. Trad. Rosaura Eichenberg. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002. p. 226-272.

freqüentemente imolada. Assim, para o professor de Oxford, a idéia de liberdade positiva abre as portas para o totalitarismo e para a negação da própria liberdade. Sem embargo, Berlin não defendia, como alguns liberais radicais, a absoluta primazia da liberdade negativa em relação a outros valores importantes, como a igualdade ou a segurança. Pelo contrário, em passagem muito citada, ele enfatizou que

oferecer direitos políticos ou salvaguardas contra o Estado a homens seminus, analfabetos, subnutridos, doentes, é zombar de sua condição: eles precisam de ajuda médica ou de educação antes de poderem compreender ou aproveitar um aumento em sua liberdade²⁴.

Portanto, ele admitia restrições às liberdades negativas até um certo limite; apenas não tolerava que essas restrições fossem mascaradas como meios de promoção da liberdade e não como limitações a ela, eventualmente até justificáveis em razão de outros valores morais.

De qualquer forma, é hoje praticamente consensual que não basta o simples reconhecimento de liberdades jurídicas, ligadas à autonomia privada ou pública, sem que se confirmem as condições mínimas para que seus titulares possam efetivamente delas desfrutar. Sempre citado, nesse particular, é o memorável discurso proferido pelo Presidente Franklin Roosevelt em 1941, que, ao aludir às que seriam, na sua opinião, as quatro liberdades fundamentais, acrescentou às clássicas liberdades de religião e de expressão a liberdade da necessidade (*freedom from want*) e a liberdade do medo (*freedom from fear*). Essas novas liberdades, cujo reconhecimento coincide com o advento do Estado Social, não são garantidas mediante abstenções do Estado, mas sim por intermédio de ações positivas, visando, como ressaltou Carl J. Friedrich, a “liberar o Homem das restrições e limitações que dificultam seu pleno desenvolvimento como ser humano”²⁵.

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 231.

²⁵ FRIEDRICH, Carl J. Derecho, independencia, libertad: una nueva evaluación. In: ————. *La filosofía del derecho*. Trad. Margarita Álvarez Franco. 6. reimp. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 379.

Ademais, quando se pensa hoje em liberdade, não se deve limitar o horizonte à opressão que pode ser desencadeada pelo Estado. A sociedade e as múltiplas relações de poder que nela se instauram também podem cercear a liberdade humana, de forma por vezes muito mais despótica e irrefreável do que os poderes públicos teriam condições de fazer. Bobbio explicou enfaticamente esse fenômeno:

No importa tanto que el individuo sea libre “respecto del Estado” si después no es libre “en la sociedad”. No importa que el Estado sea liberal si después la sociedad subyacente es despótica. No importa que el individuo sea libre políticamente se no lo es socialmente ...Y, entonces, para llegar al corazón del problema de la libertad, es necesario dar un paso atrás: del Estado a la sociedad civil²⁶.

Nesse sentido, Ernst-Wolfgang Böckenförde – jurista alemão insuspeito pela sua proximidade em relação ao ideário liberal – observou que a moderna sociedade capitalista se assenta sobre uma tríplice garantia jurídica: a igualdade formal, a liberdade de aquisição da propriedade e a garantia da propriedade adquirida. Esse modelo não assegura, segundo ele, a liberdade real a todos, mas apenas aos que possuem as condições materiais necessárias para a autodeterminação. Para que exista liberdade efetiva para todos, segundo Böckenförde, “el Estado mismo debe también canalizar, delimitar, más allá de la garantía jurídica formal de la libertad, el poder social existente o en formación, e impedir que ponga en juego por entero su superioridad frente a los no-poderosos”²⁷.

Por tudo isso, parece-nos anacrônica a rejeição à idéia da liberdade positiva, diante da inevitável constatação de que a pessoa humana não é minimamente livre enquanto suas necessidades vitais não estão satisfeitas²⁸. Cumpre apenas, para afastar o espectro totalitário que ronda a idéia de liberdade positiva, situá-la na pessoa humana

²⁶ BOBBIO, 1993, p. 143.

²⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Pagés e Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 75.

²⁸ Nesse sentido as lúcidas lições de Fábio Konder Comparato: “[...] toda uma série de

e não na coletividade. Livres devem ser os homens e as mulheres, para realizarem seus projetos de vida, e não o Estado ou a coletividade política, que não podem impor paternalisticamente aos não conformistas a adesão a um ideal, por mais nobres que sejam as razões invocadas. É importante não esquecer a advertência de Hölderlin: “o que sempre fez do Estado um inferno na Terra foi exatamente a tentativa do homem de transformá-lo em paraíso”²⁹. Mas convém lembrar que o homem e a mulher livres de que falamos não são abstrações metafísicas, são seres encarnados, que têm necessidades concretas e palpáveis. Quem tem fome não é livre para nada!

É essa a perspectiva adotada pelo indiano Amartya Sen, recentemente laureado com o Nobel da Economia, que se notabilizou pelo estudo da dimensão ética do processo econômico³⁰. O autor, que define o desenvolvimento como “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”³¹, não hesita em destacar a importância das condições sociais para a liberdade da pessoa como agente moral. Segundo Sen:

a condição de agente de cada um é inescapavelmente limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas de que dispomos. Existe uma acentuada complementaridade entre a condição de agente individual e as disposições sociais: é importante o re-

direitos individuais consagrados na Constituição, tanto os civis – como o direito de propriedade privada, o direito à liberdade de locomoção, à liberdade de expressão do pensamento, à liberdade do exercício profissional – quanto os políticos – direito de votar e ser votado –, supõem, para a sua existência efetiva, o concurso de precondições econômicas e sociais bem definidas: alimentação, saúde, instrução, rendimentos mínimos garantidos. Onde falem, largamente, estas exigências preliminares, aqueles direitos constituirão um luxo do qual apenas usufruem os *beatí possidentes*” (Liberdades formais e liberdades reais. In: ———. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 15)

²⁹ Apud NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 337.

³⁰ Sobre essa questão, veja-se: SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

³¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 17.

conhecimento simultâneo da centralidade da liberdade individual e da força das influências sociais sobre o grau e alcance da liberdade individual³².

Nessa linha também desponta o magistério de Gregorio Peces-Barba Martínez, que afirma existirem três tipos de liberdades reconhecidas nos ordenamentos jurídicos, cuja consagração resulta da influência de cada uma das três grandes linhas de pensamento que modelaram a concepção contemporânea dos direitos do homem – liberalismo, doutrina democrática e socialismo. São elas: a liberdade como não-interferência ou protetora, a liberdade participação e a chamada liberdade promocional. Essa última, Peces-Barba relaciona com a satisfação das necessidades humanas básicas, ligadas à alimentação, educação, saúde etc. Ele a define como “la libertad que intenta suplir nuestras carencias, cuando no somos capaces de hacerlo con nuestras propias fuerzas, porque las necesidades básicas exigen un esfuerzo colectivo para su superación”³³, apontando sua vinculação com os direitos sociais e econômicos básicos, e destacando a sua imprescindibilidade para o gozo da liberdade como não-interferência.

Mas, apesar da apontada origem socialista dessa idéia, o fato é que, com poucas ressalvas de liberistas³⁴ radicais de direita, como Robert Nozick e Hayek, hoje até mesmo no campo liberal se admite a necessidade da garantia de condições básicas de vida como meio assecuratório da possibilidade de gozo da liberdade humana.

Nesse sentido, é exemplar a evolução do pensamento de John

³² Idem, *ibidem*, p. 10.

³³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. p. 222.

³⁴ O liberismo defende o Estado Mínimo e rejeita a intervenção dos poderes públicos na esfera econômica, pela crença na racionalidade do próprio mercado. Não se confunde com o liberalismo, que está mais associado a uma teoria política e moral do que a uma corrente do pensamento econômico, e não é necessariamente incompatível com uma intervenção mais ampla do Estado no mercado. Rawls, por exemplo, é um liberal, mas não um liberista, já que aceita uma ampla intervenção estatal no mercado para promoção da igualdade material, desde que não implique sacrifício das liberdades básicas (ele não considerava as liberdades econômicas como liberdades básicas). Já Margaret Thatcher era uma liberista, defensora do Estado Mínimo, mas jamais uma liberal, por assumir posições conservadoras em matérias como direitos humanos, proteção de minorias, valores familiares etc.

Rawls³⁵. O grande filósofo norte-americano recentemente falecido, ao enunciar, na sua monumental obra sobre a Teoria da Justiça³⁶, os princípios políticos que deveriam reger a estrutura básica de uma sociedade justa, atribuiu absoluta prioridade à proteção, igual para todos, das liberdades individuais básicas. Só depois de assegurado plenamente esse princípio de maximização das liberdades, passar-se-ia à aplicação do segundo princípio de justiça, que ele chamou de princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades econômicas deveriam ser distribuídas de forma que: (a) beneficiasse as pessoas menos favorecidas; (b) mantivesse sempre abertas oportunidades iguais para todos.

Essa prioridade absoluta conferida ao primeiro princípio – o único, segundo Rawls, merecedor de tratamento constitucional – corria o risco de frustrar, na prática, o gozo das liberdades individuais básicas pelos mais pobres. A solução alvitrada por Rawls para esse problema, em face das críticas que recebera, veio em obra posterior, intitulada *Liberalismo político*³⁷, na qual ele, revendo em parte sua teoria inicial, reconheceu que

el primer principio, que abarca los derechos y libertades iguales para todos, bien puede ir precedido de un principio que anteceda su formulación, el cual exija que las necesidades básicas de los ciudadanos sean satisfechas, cuando menos en la medida en que

³⁵ No mesmo sentido, BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23-31.

³⁶ RAWLS, 1994. A referida obra de Rawls, cuja primeira edição saiu em 1971, constitui um importantíssimo marco na filosofia política moderna, que recuperou o prestígio das discussões sobre a justiça das instituições sociais. Nesse livro seminal, Rawls, combatendo o utilitarismo, tenta estabelecer os princípios de justiça que devem reger as estruturas de uma sociedade. As pessoas seriam colocadas numa “posição inicial”, cobertas com o “véu da ignorância”, impossibilitando-as de conhecer sua posição na sociedade, seus talentos pessoais, suas preferências políticas, religiosas, ideológicas. Assim, seria maior sua imparcialidade para buscar um consenso sobre os princípios de justiça que regeriam a sociedade política da qual participariam.

³⁷ RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Sergio Rená Madero Báez. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

su satisfacción es necesaria para que los ciudadanos entiendan y puedan ejercer fructíferamente esos derechos y esas libertades³⁸.

Por outro lado, é relevante sublinhar que o conceito de liberdade básica, enunciado pelo filósofo de Harvard, cuja garantia afigurar-se-ia prioritária na edificação de uma sociedade justa, não inclui liberdades de caráter estritamente econômico: as liberdades básicas, asseguradas pelo primeiro princípio da sua teoria da justiça (*justice as fairness*, como ele a designa), são as que aqui qualificamos como existenciais³⁹.

Na doutrina brasileira, é importante destacar o magistério de Ricardo Lobo Torres a propósito da necessidade de garantia das “condições de liberdade”. O autor, fiel à tradição liberal, rejeita o caráter de direito fundamental aos direitos econômicos e sociais, mas reconhece a plena possibilidade de tutela judicial do mínimo existencial, que deriva, segundo ele, da necessidade de garantia das condições de liberdade. Nas suas palavras, “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”⁴⁰.

Portanto, pode-se concluir que, afora raras posições radicais em sentido contrário, converge o pensamento jusfilosófico contemporâneo para a idéia de que a garantia tanto da autonomia pública do cidadão como da sua autonomia privada são vitais para a proteção jurídica integral da liberdade humana. Da mesma forma, é lícito dizer que é amplamente dominante a concepção, de resto até intuitiva, de que a liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutar delas de forma consciente.

³⁸ Idem, *ibidem*, p. 31.

³⁹ Cf. RAWLS, 1994, p. 195-257; 1995, p. 270-339.

⁴⁰ TORRES, 1999, p. 263. Sem embargo, o autor rejeita a inclusão do mínimo existencial na idéia de liberdade positiva, segundo ele, “responsável pelas obscuridades do tema, eis que esses conceitos (*liberdade real ou positiva*) também são usados pelos escritores socialistas e marxistas, que os emburilham com a idéia de justiça” (*Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 129-130).

3 A autonomia privada e suas limitações

Como se verificou acima, a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico-político moderno. Essa autonomia significa o poder do sujeito de “autogoverno de sua esfera jurídica”⁴¹, tendo como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com essas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Essa é uma idéia essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana que, na expressão de Canotilho, baseia-se no “princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico Della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual”⁴².

No sentido ampliado que lhe conferimos, a autonomia privada é um pressuposto da democracia, pois sem ela não há possibilidade de que se forme um debate franco de idéias (*marketplace of ideas*, como diria Oliver Wendell Holmes), que permita ao cidadão a realização consciente das suas escolhas políticas e a fiscalização dos governantes da coisa pública. Mas o valor da autonomia privada não é apenas instrumental para a democracia, pois ela está indissociavelmente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana. Na verdade, negar ao homem o poder de decidir de que modo vai conduzir sua vida privada é frustrar sua possibilidade de realização existencial.

Entretanto, essa autonomia privada não é absoluta. Em primeiro lugar, tem de ser conciliada com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade, a segurança. Se a autonomia privada fosse absoluta, toda lei que determinasse

⁴¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1985. p. 89.

⁴² CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 219.

ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional. A própria idéia de ordenamento jurídico se destruiria e seríamos todos condenados a viver na anarquia, num permanente “Estado da Natureza”, em que acabaria prevalecendo a vontade do mais forte. Como destacou Karl Larenz,

En aras de la vida conjunta en una comunidad que satisfaga las condiciones de un Estado de Derecho, tienen todos que aceptar ciertas limitaciones de su libertad, sin las cuales ésta no sería posible. Todo derecho de libertad encuentra por esto su límite en el derecho de libertad de los demás y en los deberes que el Derecho impone a cada una en beneficio de la paz jurídica y a todos en beneficio de la existencia de una comunidad erigida sobre la idea del Derecho⁴³.

Portanto, é inevitável que o Estado intervenha em certos casos, restringindo a autonomia individual, seja para proteger a liberdade dos outros, de acordo com uma “lei geral de liberdade”, como diria Kant, seja para favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica de toda sociedade. Numa democracia, essas intervenções estatais no campo da autonomia privada são viabilizadas, sobretudo, por intermédio da lei editada pelos representantes do povo, traduzindo manifestação da autonomia pública do cidadão. Com isso, tais intervenções se reconciliam com a idéia de liberdade num sentido mais amplo. No conceito de lei, incluímos também, como não poderia deixar de ser, a mais importante dentre todas, que é a Constituição, uma vez que ela não depende da mediação do legislador ordinário para incidir diretamente sobre situações de fato.

Mas há limites para a própria lei. Existem dimensões da autonomia privada da pessoa humana tão relevantes para a sua dignidade, que se torna necessário protegê-las até mesmo do legislador, encarnação da vontade das maiorias⁴⁴. Essa idéia, que não era aceita

⁴³ LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Trad. Luís Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985. p. 62.

⁴⁴ Não é nossa intenção enveredar na complexa e aporética questão concernente à existência de limites para o próprio constituinte originário. Mas parece-nos possível sustentar que os direitos fundamentais básicos encarnam valores que vinculam o próprio constituinte,

por democratas puros, como Rousseau, tornou-se amplamente dominante no mundo ocidental moderno, em que vicejam as constituições contendo cartas de direitos, que podem ser opostas ao próprio legislador por meio dos mecanismos competentes de jurisdição constitucional. Na maioria dos sistemas constitucionais modernos, certas liberdades individuais foram salvaguardadas até do legislador. Essas liberdades compõem, mas não esgotam, a autonomia privada do indivíduo, e, pela sua importância para a proteção da dignidade humana, receberam dos ordenamentos jurídicos, inclusive internacionais, uma proteção reforçada⁴⁵.

Isso não quer dizer, no entanto, que essas liberdades fundamentais se revistam de valor absoluto. É possível que a proteção de uma delas, no caso concreto, importe em lesão a outro direito

que não pode mais ser concebido como ilimitado, como pretendia a doutrina mais tradicional. Não porque tais direitos sejam naturais, mas sim porque eles traduzem exigências éticas impostergáveis que se universalizaram, e que devem ser concebidas como limite e norte para o exercício do poder, em qualquer das suas manifestações. A idéia de que possa existir um poder absoluto – qualquer que seja ele – parece-nos assustadora, pois “se o poder corrompe, o poder absoluto corrompe absolutamente” (Lord Acton). Sobre essa questão, veja-se PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999; e SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Do poder constituinte originário e sua limitação pelos direitos humanos*. Campo Grande: Solivros, 1999.

⁴⁵ No entanto, parece-nos equivocada a tese mais radical sustentada por alguns autores, como Robert Alexy, de que existiria um direito geral de liberdade, oponível inclusive em face do legislador, que seria restringido a cada vez que o Poder Público determinasse ou proibisse ao particular a adoção de qualquer comportamento. Essa concepção apresenta, na nossa opinião, vários inconvenientes. Em primeiro lugar, ela inflaciona o conceito de direito fundamental, ao tratar como restrições de direitos fundamentais medidas absolutamente banais, como um simples sinal de trânsito fechado. Parafrazeando Dworkin, podemos dizer que não há um direito fundamental a percorrer a Avenida Rio Branco, no Rio de Janeiro, ou a Avenida Paulista, em São Paulo, na contra-mão (Dworkin, por óbvio, não se referiu a nenhuma rua brasileira, mas à Lexington Avenue, em Nova York). Esse elastecimento exagerado do conceito de direito fundamental corre o risco de esvaziar a dimensão moral desses direitos, que justifica sua proteção reforçada, operando assim uma espécie de “nivelamento por baixo”. Ademais, ao tratar todas as medidas estatais que impliquem ingerências na esfera individual como restrições de direito fundamental, essa doutrina acaba justificando um ativismo judicial exagerado, já que enquadra como ponderação de interesses tais situações. Na nossa visão, tem-se com isso um risco não negligenciável para o princípio democrático. Por isso, preferimos a tese de que a Constituição protege, como direitos fundamentais, algumas liberdades básicas – que não

fundamental igualmente relevante, fazendo necessário restringir a liberdade em questão, de forma proporcional, visando à otimização dos bens jurídicos em confronto, mediante uma ponderação de interesses⁴⁶. É isso que ocorre quando da aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, tornando necessário ponderar a autonomia com o direito que estaria sendo violado pela conduta do particular.

Segundo pensadores filiados ao liberalismo, como Dworkin⁴⁷ e Rawls⁴⁸, só seria possível ponderar direitos com outros direitos, não com interesses coletivos. Já autores mais próximos do ideário do Estado Social, como Robert Alexy⁴⁹, aceitam também a ponderação entre direitos individuais e outras finalidades públicas revestidas de relevância constitucional. Essa última posição nos parece mais compatível com a visão personalista da pessoa humana, adotada pelo constitucionalismo contemporâneo, que marca a superação do individualismo exacerbado do Estado Liberal, mas também não recai no organicismo coletivista, que ao colocar a sociedade sempre acima dos seus “membros”, abre as portas para totalitarismos de variados matizes ideológicos.

Por outro lado, é de capital importância assentar que as restrições à autonomia privada, numa ordem constitucional tão ciosa

são apenas aquelas expressamente consagradas no seu texto, mas também outras que possam ser extraídas pela via hermenêutica –, mas não existe um direito geral de liberdade constitucionalmente assegurado, protegendo todo e qualquer tipo de ação humana de interferências estatais. Sobre esse debate, veja-se, em sentido próximo ao que aqui defendemos, DWORKIN, Ronald. What rights do we have? In: ———. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 266-278. Em linha contrária, confira-se ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 210-245.

⁴⁶ Sobre o tema, veja-se o nosso *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁴⁷ DWORKIN, 1977, p. 90-100.

⁴⁸ RAWLS, 1994, p. 3.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa, 1994. p. 179-203. Destaque-se, no entanto, que o autor germânico afirma que existe uma prioridade *prima facie* dos direitos individuais em relação aos bens coletivos, que decorre, segundo ele “de la necesidad de un orden normativo de la vida social que tome al individuo en serio” (p. 207).

com o respeito à autonomia e à privacidade individuais, não podem ser movidas por propósitos perfeccionistas⁵⁰. Deve caber sempre às pessoas a eleição dos seus objetivos e planos de vida, que têm de ser respeitados, desde que não violem direitos de terceiros. O papel do Estado é o de auxiliar na criação das condições necessárias para que cada um realize livremente as suas escolhas e possa agir de acordo com elas, e não o de orientar as vidas individuais para alguma direção que se repute mais adequada.

Sem embargo, é importante deixar remarcado que nem todas as manifestações da autonomia privada são valoradas da mesma forma. Existem dimensões dessa autonomia que ostentam superior importância, por serem consideradas mais relevantes para a garantia e promoção da dignidade da pessoa humana. O que tentaremos demonstrar é que, se no Estado Liberal o núcleo da proteção outorgada à autonomia privada centrava-se na proteção do patrimônio individual e nos direitos que lhe são correlatos, no Estado contemporâneo o foco deve se deslocar para a esfera das decisões existenciais, de caráter afetivo, sexual, religioso, artístico, ideológico etc., abrindo espaço para limitações muito mais extensas e profundas às liberdades de contratar e de desfrutar de direitos patrimoniais, como a propriedade, desde que essas se justifiquem em função da necessidade de promoção da igualdade substantiva ou de outros valores solidarísticos.

Mas, antes disso, é importante voltar a um ponto, já tangenciado anteriormente. Para que a autonomia privada no campo das relações econômicas não se converta numa mera liberdade de facha-

⁵⁰ Carlos Santiago Nino, um dos autores que mais se dedicou à refutação do perfeccionismo na teoria constitucional, definiu-o com precisão como concepção que sustenta “[...] que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores” (*Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989. p. 205.). Contra o perfeccionismo, o grande jurista argentino propôs o reconhecimento de um princípio de autonomia da pessoa, que definiria o conteúdo dos direitos individuais, e que vedaria quaisquer restrições à liberdade individual quando a ação humana não afetasse interesses de terceiros, mas apenas os do próprio agente (NINO, 1989, p. 199-236).

da, cumpre sempre atentar para a existência ou não, em cada caso, das condições de liberdade que assegurem o seu efetivo exercício. É isso que justifica, do ponto de vista da ética jurídica, a proteção do consumidor que tenha pactuado contrato com fornecedor de bens ou serviços contendo cláusulas abusivas, ou do trabalhador que tenha celebrado com seu empregador contrato de trabalho abrindo mão de direitos relevantes. É sabido que, em situações como essas, a liberdade de escolha da parte mais fraca praticamente desaparece. Como diz o conhecido ditado, “entre o fraco e o forte, é a lei que liberta e a liberdade que escraviza”.

Por isso, quando o direito positivo intervém nessas relações materialmente desiguais, ditando normas de ordem pública em proveito da parte hipossuficiente, ele não está, a rigor, desconsiderando a sua autonomia privada como agente moral. E não se trata de paternalismo, ao contrário do que os críticos à direita insistem em apregoar, mas de proteção da própria liberdade, cuja interpretação deve se articular com o valor igualdade, numa ordem jurídica que se preocupa igualmente com ambos⁵¹. Autonomia privada e liberdade, como averbou Konrad Hesse,

presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal presupuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del outro, desaparece todo fundamento y traspasa todo límite; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público y Privado⁵².

⁵¹ Nesse sentido, parece-nos precisa a lição de Gustav Radbruch: “Desde que os contratantes se distinguem entre proprietários e não-proprietários, a liberdade contratual não pode deixar de se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de a terem de aceitar [...]. A liberdade contratual converte-se, portanto, em escravidão social na sociedade. Daí, para a lei, a necessidade de ter de inverter de novo as coisas, e, por meio de certas limitações impostas à liberdade, restabelecer a liberdade social de contratar” (*Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 288).

⁵² HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995. p. 78-79.

No passado, embora o Estado Liberal-Burguês se proclamasse neutro em face dos conflitos distributivos, sua ausência da esfera econômica atuava no sentido de favorecer os mais poderosos. Esse modelo, intimamente associado à restrição dos direitos políticos às elites por meio do sufrágio censitário, correspondia a uma visão parcial, incompleta e classista da liberdade. Embora as constituições de então já consagrassem outras liberdades fundamentais, como as de religião e de expressão, toda a ênfase recaía na garantia da propriedade e dos direitos econômicos. É notável, por exemplo, que, apesar da atmosfera de anticlericalismo então reinante, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tenha usado a palavra “sagrado”, exatamente quando se referiu, no seu art. 17, ao direito de propriedade, não repetindo o termo em nenhuma outra parte.

O direito de propriedade era o direito por excelência, e a principal liberdade reconhecida ao indivíduo consistia no poder de adquirir, manter e transmitir seus bens, só interferindo o Estado para impedir que terceiros prejudicassem o gozo dessas sacrossantas faculdades. Proteger a propriedade privada – essa era a principal finalidade do Estado, sua missão mais nobre, segundo a ótica então prevalecente. Nesse sentido, é paradigmática a afirmação de John Locke, mestre e precursor dos liberais modernos, de que “o objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidade, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade”⁵³.

Nessa moldura, valorizava-se ao extremo a liberdade negocial, vista como a mais autêntica expressão do poder da vontade da pessoa humana, na qualidade de fonte criadora de obrigações. Era o apogeu do voluntarismo jurídico, que teve em Savigny o seu maior expoente, e que fazia repousar na vontade o conceito de direito subjetivo⁵⁴. Sob o aspecto filosófico, essa valorização da autonomia da vontade

⁵³ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*. Capítulo IX. A obra encontra-se reproduzida na coleção *Os Pensadores: Locke*. Trad. Anuar Aiex; E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. O trecho reproduzido encontra-se na p. 82. Cumpre destacar que Locke atribuía à propriedade um sentido mais amplo, para abranger também outras liberdades, como o direito à vida e ao próprio corpo (p. 45).

⁵⁴ Cf. FERRAZ, Tércio Sampaio. Direito subjetivo – II. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 331.

no campo contratual era tributária, sobretudo, do pensamento kantiano, que formulara o princípio de que “a vontade de todo ser humano deve ser concebida como vontade legisladora universal”⁵⁵. Mas, segundo o magistério de Cláudia Lima Marques⁵⁶, também ecoavam nessa concepção o direito canônico, que afastara os exageros formalistas do direito romano em favor da força obrigatória das promessas; as teorias do contrato social, que fundamentavam a própria autoridade estatal na vontade dos cidadãos; e ainda as teorias econômicas do liberalismo, que viam no contrato livremente pactuado o principal instrumento de realização da liberdade econômica e de circulação de riquezas.

Os principais reflexos do dogma da autonomia da vontade no direito privado liberal foram, na lição da mesma autora⁵⁷: (a) o reconhecimento da ampla liberdade contratual (liberdade de forma das convenções, livre estipulação de cláusulas, possibilidade de criação de novas figuras contratuais); (b) a consagração da força obrigatória dos contratos; (c) a teoria dos vícios de consentimento, visando a um ajuste que refletisse com lealdade a fusão das vontades das partes.

A responsabilidade era o preço da liberdade: o indivíduo era livre para contratar ou não, e para definir os termos do ajuste, mas se empenhasse a sua vontade, por ela estaria definitivamente obrigado. Considerações sobre a conformidade da convenção com parâmetros de justiça não compareciam, senão de forma marginal, nas preocupações do jurista de então. Para a teoria clássica, “o contrato é sempre justo, porque se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes”⁵⁸. “Qui dit contractuelle, dit juste”, era o lema, pois entendia-se que as partes do contrato, numa posição de igualdade jurídica, não se comprometeriam se as condições do ajuste não as favorecessem.

⁵⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Segunda seção. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores: Kant). A citação foi colhida na p. 137.

⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 40-44.

⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 44-48.

⁵⁸ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 31.

Nesse contexto, a intervenção estatal na seara negocial era considerada, do ponto de vista microscópico, um elemento perturbador da liberdade individual, e, macroscopicamente, prejudicial ao mercado, *locus* natural onde as relações entre particulares deveriam se desenvolver numa situação de formal e hipotética igualdade, conduzidas pela figura mitológica da “mão invisível” do mercado. A “ordem espontânea” da sociedade era preferida à “ordem artificial” construída pelo Estado⁵⁹.

O advento da sociedade de massas e a progressiva democratização do Estado levaram à erosão desses postulados liberais. A crescente sensibilidade do discurso jurídico para a desigualdade fática e para os interesses sociais e coletivos vai provocar o desmoronamento do credo liberal na excelência da autonomia privada no campo econômico como motor do bem comum. Amplia-se a intervenção estatal seja com o objetivo de acudir as partes mais débeis nas relações jurídicas, seja com o propósito de condicionar a autonomia negocial à prossecução de algum interesse público. O advento do Estado do Bem-Estar Social deu origem ao fenômeno do dirigismo contratual. A par disso, o centro de gravidade do Direito Privado, que no passado era o Código Civil, deslocou-se para a Constituição, cujos princípios e valores não apenas inspiram e condicionam a aplicação das normas ordinárias, como podem incidir diretamente sobre relações jurídicas travadas por particulares, conformando-as à sua axiologia centrada na dignidade da pessoa humana.

Para clarificar essa transição, tentaremos mostrar, a partir da análise da jurisprudência constitucional norte-americana, como se deu uma tremenda mudança no enfoque jurídico da liberdade, após o ocaso do Estado absenteísta naquele país. A escolha do exemplo norte-americano não foi gratuita. Os Estados Unidos possuem uma Constituição liberal, elaborada há mais de 200 anos, que não contém direitos sociais, e a cultura jurídica norte-americana é ultra-individualista. Se logrármos demonstrar que, até mesmo lá, a tutela constitucional da autonomia privada evoluiu no sentido de uma preocupação

⁵⁹ Sobre “ordem espontânea” e “ordem artificial”, veja-se, em perspectiva ultraliberal, que valoriza a primeira em detrimento da segunda, HAYEK, 1979, v. 1, p. 35-54.

centrada no que chamamos de liberdades existenciais, ficará mais fácil concluir que no Brasil, em que a Constituição é muito mais voltada para a justiça social e a igualdade substantiva, não há como escapar de processo semelhante.

4 A liberdade no Direito Constitucional norte-americano: técnicas institucionais, “Lochner Era” e a doutrina das “liberdades preferenciais”

A liberdade sempre foi valor central para o direito constitucional norte-americano, muito embora tenha se expressado por meio de fórmulas muito diferentes ao longo do tempo⁶⁰. O texto originário da Constituição americana, elaborado na Convenção da Filadélfia em 1787, não consagrava nenhuma liberdade individual e nenhum outro direito fundamental que pudesse ser invocado em face dos poderes estatais, dada a convicção de que a sua garantia expressa em texto constitucional era, a rigor, desnecessária. Apostou-se, na época, em mecanismos institucionais de defesa da liberdade, como o federalismo, que descentralizava o poder verticalmente, ao lado da separação de poderes com mecanismos de *checks and balances*, que o dividia horizontalmente, tudo no afã de impedir a concentração excessiva de autoridade, que poderia conduzir à tirania⁶¹. Havia ainda o temor de que a previsão de alguns direitos em sede constitucional pudesse levar os poderes públicos a acreditarem que teriam liberdade para fazer tudo o que não houvesse sido expressamente interdito pela Constituição, perigando estimular, em vez de refrear, o arbítrio dos governantes.

Não obstante, poucos anos depois, em 1791, foram aprovadas as primeiras dez emendas ao texto constitucional norte-americano, consagrando uma carta de direitos (*bill of rights*) solidamente ancorada na idéia da liberdade individual. Apesar disso, até o final do século

⁶⁰ Mas nem sempre a preocupação teórica operou no mundo dos fatos, como provam, sobretudo, o regime escravocrata, em vigor nos Estados do Sul até o fim da Guerra Civil em 1865, e a discriminação racial realizada com a chancela do próprio Estado, aceita pela jurisprudência até a década de 50 do século XX.

⁶¹ Cf. TRIBE, Laurence H. *American constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988. p. 2.

XIX, o Judiciário norte-americano manteve uma postura de extrema timidez na proteção das liberdades fundamentais. A Suprema Corte chegou inclusive a decidir que os referidos direitos não vinculavam os Estados⁶², situação que perdurou até o advento da 14ª Emenda, ratificada em 1868, no movimento de reconstrução do país que se seguiu ao fim da Guerra da Secessão.

Na ótica então prevalecente, a proteção à liberdade dar-se-ia sobretudo por meio da garantia da autonomia dos Estados-Membros, no campo de suas vastas competências, já que se supunha, na época, que a principal ameaça ao cidadão era representada pelo governo central. Entendia-se que o Estado-Membro, por encontrar-se mais próximo do indivíduo, mais sujeito ao seu controle, não o oprimiria, ao inverso do poder central, crença essa que a história tratou de desmentir⁶³. De acordo com essa concepção, traçou-se uma identificação entre a autonomia dos Estados e a liberdade dos seus cidadãos.

Até então, eram raríssimos os casos de decisões judiciais fundamentadas em violações de direitos fundamentais, sendo certo que o julgamento mais importante da época nessa seara, o *Dread Scott vs. Sandford*⁶⁴, julgado pela Suprema Corte em 1856, foi vergonhoso, para dizer o mínimo. Dread Scott era um escravo, nascido no Missouri, cujo antigo proprietário o havia levado ao Estado de Illinois. Nesse último Estado já tinha ocorrido a abolição da escravidão, por força de uma lei federal que proibira aquela desonrosa instituição a partir de determinada latitude. Posteriormente, Dread Scott foi transferido para Sandford, que o trouxe de volta ao Missouri. Scott ajuizou uma ação contra Sandford pretendendo sua libertação, sob alegação de que não era mais escravo, já que, por ter vivido em Estado que não admitia a escravidão, tornara-se um homem livre. A decisão da Corte Suprema foi no sentido de que Scott, por ser negro, não podia em nenhuma circunstância ser considerado cidadão americano,

⁶² *Barron vs. Mayor and City of Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243.

⁶³ De fato, na luta tanto pela abolição da escravidão, como, depois, pela integração racial dos negros, a União sempre esteve do lado correto, enquanto os Estados, sobretudo os do sul, defendiam a barbárie.

⁶⁴ 60 U.S. (19 How.) 393.

já que, para os *framers* que elaboraram a Constituição, os negros não eram, no sentido jurídico, autênticas pessoas. Portanto, a justiça federal não tinha jurisdição sobre o caso. Além disso, a Corte reconheceu a inconstitucionalidade da lei federal que abolira a escravidão em Illinois, sob a alegação de que ela importara em violação aos direitos dos donos de escravos, pois os privava da sua “propriedade” sem o devido processo legal (!!!)⁶⁵.

Poucas décadas após o fim da Guerra Civil, começou a se tecer na jurisprudência da Suprema Corte um novo modelo de proteção da liberdade, que se baseava não mais na autonomia dos Estados, mas na defesa da autonomia contratual e da propriedade, a partir de uma perspectiva ideológica centrada na idéia do *laissez faire*. Esse modelo tem como principal paradigma a decisão proferida no caso *Lochner vs. New York*⁶⁶, apreciado pela Suprema Corte norte-americana no ano de 1905, que invalidou lei que estabelecera limite para a jornada de trabalho dos padeiros. Esse período é hoje denominado *Lochner Era*, e tem como características a rejeição radical ao intervencionismo estatal nas relações econômicas, bem como ao ideário do Estado Social de igualdade substantiva e justiça social. Como destacou Archibald Cox, o caso *Lochner* “veio a simbolizar uma era de intervenção judicial conservadora, baseada na cláusula do devido processo legal, tentando barrar o fluxo das reformas sociais e econômicas”⁶⁷.

No julgamento do caso *Lochner*, discutia-se a constitucionalidade de lei do Estado de Nova York que fixara a jornada máxima de trabalho dos padeiros em dez horas diárias e sessenta horas semanais. A inconstitucionalidade da norma foi declarada, sob o argumento de que não se justificaria uma intervenção do legislador no âmbito da liberdade de patrão e empregado de estipularem livremente as cláusulas do respectivo contrato de trabalho. Embora, para a Suprema Corte, a liberdade de contratar não fosse absoluta, poden-

⁶⁵ O acórdão, nos seus trechos mais importantes, está reproduzido em MURPHY; FLEMING; BARBER, 1995, p.195-205.

⁶⁶ 198 U.S. 45.

⁶⁷ COX, Archibald. *The Court and the Constitution*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1987. p. 131.

do sujeitar-se a limites decorrentes da moral e de interesses públicos relevantes, isso não legitimaria uma tal proibição. Segundo a decisão,

O direito geral de alguém celebrar um contrato relativo aos seus negócios é parte da liberdade do indivíduo protegida pela 14ª Emenda da Constituição Federal. De acordo com esta norma, nenhum Estado pode privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. O direito de comprar e vender trabalho é parte da liberdade protegida por esta emenda [...]⁶⁸.

Assim, diante da ausência de qualquer norma expressa no texto constitucional norte-americano consagrando liberdades econômicas, o principal instrumento usado pelos tribunais para impedir tanto a criação de políticas públicas interventivas no mercado, como a proteção das partes mais frágeis nas relações econômico-sociais, foi a cláusula do devido processo legal, à qual se atribuiu uma dimensão substantiva. Como destacaram John E. Nowak e Ronald D. Rotunda,

a liberdade no mercado e a autonomia contratual eram vistas como liberdades protegidas pela cláusula do devido processo legal. Assim, os juízes invalidariam qualquer lei se entendessem que ela restringia liberdades econômicas de uma forma que não estivesse relacionada com fins legítimos. Como eles não viam a regulamentação do trabalho, o controle de preços ou outras medidas econômicas como fins legítimos em si, apenas uma reduzida quantidade de normas contendo a regulamentação de negócios poderia passar neste teste⁶⁹.

Muitas decisões nessa mesma linha foram proferidas pela Suprema Corte, como a exarada no caso *Adkins vs. Childrens Hospital*⁷⁰,

⁶⁸ As partes mais importantes do acórdão estão reproduzidas em MURPHY; FLEMING; BARBER, 1995, p. 110-114. A citação acima foi traduzida da p. 110.

⁶⁹ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *American constitutional Law*. 5th ed. St. Paul: West Publishing, 1995. p. 375.

⁷⁰ 261 U.S. 525 (1923).

em 1923, em que se considerou inconstitucional a fixação de salário mínimo para mulheres no Distrito de Colúmbia. Na prática, o Judiciário norte-americano estava, a partir de uma leitura ultraliberal e míope da liberdade⁷¹, impedindo que as maiorias legislativas coibissem abusos das forças do mercado e instituíssem direitos sociais em prol dos menos favorecidos.

Entretanto, em 1932, assume o governo dos Estados Unidos o presidente Franklin Delano Roosevelt, cujo programa de um *New Deal* para salvar o país da brutal crise que atravessava, desde a quebra da Bolsa de Nova York em 1929, envolvia uma profunda intervenção estatal na economia, ao lado da edição de legislação trabalhista e social. Pouco tempo depois, começam a chegar à Suprema Corte os primeiros casos em que tais normas eram questionadas. Mantidos os precedentes, ter-se-ia inexoravelmente a derrubada das leis que constituíam a espinha dorsal do plano de Roosevelt de recuperação do país. A partir de 1934, a Suprema Corte, quase sempre por apertada maioria de 5 a 4, passa a invalidar leis essenciais para o programa governamental⁷².

A crise entre os poderes estava instaurada, mas a reação não tardaria. Em 1936 o presidente Roosevelt se reelege com facilidade para um novo mandato, sem poupar críticas à Suprema Corte, freqüentes também no Legislativo. No início de 1937, Roosevelt encaminha ao Congresso um projeto de lei para “empacotar” a Suprema Corte (o projeto era chamado, literalmente, de *Court Packing Plan*), pelo qual para cada juiz daquele tribunal que completasse setenta anos e não se aposentasse, o presidente poderia indicar um outro, desde que o número total de magistrados não ultrapassasse quinze⁷³.

⁷¹ Esse posicionamento da Suprema Corte já então provocava intensa polêmica. É conhecida a crítica do juiz Oliver Wendell Holmes que, em voto divergente proferido no caso *Lochner*, contestara a explícita adesão dos outros juízes às visões econômicas ultraliberais então em voga, afirmando que “uma constituição não é concebida para abraçar uma teoria econômica em particular, seja ela o paternalismo e a relação orgânica entre cidadão e Estado, seja o *laissez faire* [...]” (cf. MURPHY; FLEMING; BARBER, 1995, p. 1114).

⁷² Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 116.

⁷³ Cf. NOWAK; ROTUNDA, 1995, p. 380-381.

Todavia, enquanto o projeto de lei estava sendo apreciado no Senado, a Suprema Corte, sob forte pressão, rendeu-se, quando o juiz Roberts, que sempre votava na linha dos conservadores contra a legislação social, mudou de lado no julgamento do caso *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*⁷⁴, em que se discutia lei do Estado de Washington que estabeleceria um salário mínimo para mulheres. Assim, prevaleceu, por 5 a 4, a afirmação da constitucionalidade da lei, o que significava a reversão do precedente estabelecido em *Adkins vs. Childrens Hospital*. Duas semanas depois, no julgamento do caso *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin Steel Corporation*⁷⁵, o Tribunal chancelou a constitucionalidade do *National Labor Relations Act*, uma peça importantíssima da legislação do New Deal. A corrente mais progressista passou a contar com a maioria no Tribunal, mesmo porque os mais fervorosos defensores do *laissez faire* se aposentaram, levando à definitiva superação da Era de Lochner⁷⁶.

A partir daí, o foco da Suprema Corte na questão dos direitos humanos passou a ser a defesa das liberdades de comunicação e expressão, de culto, de associação, o direito de privacidade etc., bem como a proteção das minorias raciais, nacionais e religiosas. Concentraremos nosso estudo no campo das liberdades fundamentais, que passaram a ser designadas como *preferred rights* ou *preferred freedoms*, em razão da importância que se lhes passou a atribuir na escala dos valores constitucionais⁷⁷.

No importante julgamento do caso *Carolene Products vs. United*

⁷⁴ 300 U.S. 379 (1937). Na referida decisão, relatada pelo *Chief Justice* Hugues, discutiu-se o conteúdo da liberdade protegida pela Constituição americana. O seguinte trecho é ilustrativo da nova posição assumida pela suprema Corte: “O que é liberdade? A Constituição não fala em liberdade de contrato. Ela fala de liberdade e proíbe a privação da liberdade sem o devido processo legal. Ao proibir esta privação, a Constituição não reconhece uma liberdade absoluta e incontrolável... Mas a liberdade salvaguardada é a liberdade numa organização social que requer a proteção da lei contra males que ameaçam a saúde, a segurança, a moral e o bem-estar do povo”.

⁷⁵ 301 U.S. 1 (1937).

⁷⁶ Cf. O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and politics*. 4th ed. New York: W.W. Norton, 1999. v. 2, p. 262-263.

⁷⁷ Cf. ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 43-73.

*States*⁷⁸, apreciado pela Suprema Corte em 1938, no qual se discutia a constitucionalidade de lei federal que regulamentava, com normas de ordem pública, a comercialização do leite, foi estabelecido um importante parâmetro no controle de constitucionalidade das leis restritivas de liberdades, que até hoje é aplicado naquele país⁷⁹.

De acordo com o mencionado critério, quando se tratar de legislação econômica, que limite apenas a autonomia contratual e a livre iniciativa, o Judiciário deve guardar uma postura cautelosa, só reconhecendo a inconstitucionalidade das normas que se revelarem completamente desarrazoadas ou que não atenderem a nenhum objetivo governamental legítimo. Nessa situação, aplica-se no controle de constitucionalidade um *standard* chamado de *rationality test*, caracterizado pela larga deferência diante da discricionariedade legislativa, que raramente dá ensejo à invalidação de uma lei.

Já quando o ato normativo importar em restrição a liberdades pessoais fundamentais, de caráter não patrimonial, o controle torna-se muito mais rigoroso. Embora mesmo nessas hipóteses as ponderações de interesses sejam aceitas pelo Judiciário, a sua postura vai alterar-se completamente, tornando-se muito mais ativa e menos respeitosa da vontade do legislador. É utilizado o *standard* de controle chamado de *strict scrutiny*, que implica a declaração da inconstitucionalidade da norma restritiva sempre que a autoridade responsável não conseguir demonstrar que a restrição em causa afigurava-se absolutamente indispensável para a garantia de algum interesse essencial e indeclinável (*compelling interest*). Conforme destacou Enrique Alonso García, essa teoria consiste não apenas

en la afirmación de la supremacía de determinadas cláusulas constitucionales, sino que ella se refleja en el juego de la presunción de constitucionalidad, de forma que es el Estado el que tiene que justificar la ley que se dota de una especie de presunción de inconstitucionalidad⁸⁰.

⁷⁸ 30 U.S. 144 (1938).

⁷⁹ O parâmetro foi estabelecido na famosa nota de pé de página n. 4, elaborada pelo juiz Stone. Veja-se, sobre a questão, NOWAK; ROTUNDA, 1995, p. 382 e ss.

⁸⁰ ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 281.

A adoção dessa duplicidade de critérios delineou, no direito constitucional norte-americano, uma inequívoca hierarquia entre os direitos componentes da noção de autonomia privada. De fato, enquanto as liberdades de caráter não patrimonial foram postas num patamar superior, as liberdades econômicas acabaram relegadas a um escalão bem abaixo no grau de proteção judicial constitucionalmente conferido.

Sem embargo, foi a partir de meados da década de 1950, depois da nomeação de Earl Warren para a Presidência da Suprema Corte⁸¹, que se fortaleceu a proteção às liberdades fundamentais no direito norte-americano. Nesse sentido, de importância ímpar foi o reconhecimento da existência de um direito à privacidade (*privacy*), que embora não estivesse expresso no texto constitucional americano, podia ser inferido por meio de uma interpretação sistemática das liberdades constitucionais. Esse direito protegeria decisões individuais sobre questões como uso de anticoncepcionais, vida familiar, realização de aborto, escolha de escola para os filhos, entre outras.

Embora a questão concernente à existência de um direito à privacidade já viesse sendo discutida em sede doutrinária desde 1890, quando foi publicado um célebre artigo dos então advogados Samuel Warren e Louis Brandeis, intitulado *The Right of Privacy*⁸², esse direito só foi judicialmente reconhecido pela Suprema Corte no julgamento do caso *Griswold vs. Connecticut*⁸³, no ano de 1965, no qual se afirmou a inconstitucionalidade de lei estadual que criminalizava o uso de métodos anticoncepcionais artificiais mesmo entre casais casados⁸⁴.

⁸¹ Earl Warren presidiu a Suprema Corte entre 1953 e 1969, estando à frente do Tribunal nesse período caracterizado por grande ativismo na defesa dos direitos humanos e das minorias. Sua postura causou surpresa, pois antes de ser nomeado para a Suprema Corte, Warren fora governador da Califórnia, eleito pelo Partido Republicano. A decepção do presidente Eisenhower, do Partido Republicano, que o nomeara para o cargo, foi tamanha que ele chegou a afirmar que a escolha de Warren para *Chief Justice* fora o maior equívoco de toda a sua carreira política (cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 185).

⁸² Consultamos a tradução espanhola: WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *El derecho a la intimidad*. Trad. Pilar Baselga. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

⁸³ 381 U.S. 479 (1965).

⁸⁴ A decisão referia-se apenas à restrição no uso de anticoncepcionais para casais casados. Em *Eisenstadt vs. Baird*, julgado sete anos depois, a Suprema Corte estendeu o reconhe-

Já em *Boddie vs. Connecticut*⁸⁵, julgado em 1971, a Suprema Corte reconheceu o caráter fundamental do direito ao divórcio, afirmando que as restrições diretas ou indiretas a ele deveriam ser submetidas ao controle judicial sob o rígido regime do *strict scrutiny*.

E a Suprema Corte foi ainda mais longe na afirmação da *privacy* no mais que polêmico julgamento proferido em *Roe vs. Wade*⁸⁶, no ano de 1973, no qual se decidiu que o direito de privacidade “é amplo o suficiente para incluir a decisão da mulher sobre interromper ou não a gravidez”⁸⁷. De acordo com essa decisão, até o terceiro mês de gravidez, a mulher tem direito irrestrito à realização do aborto. Do terceiro ao sexto mês de gestação, o direito subsiste, mas o Estado pode regulá-lo e restringi-lo, no afã de proteger a saúde materna. Já a partir do sexto mês, no qual já existe, em tese, “viabilidade fetal extra-uterina”, o Estado tem o poder de proibir e até criminalizar o aborto. Essa orientação jurisprudencial sobre o aborto vem sendo mantida até hoje nos seus aspectos essenciais, apesar das diversas tentativas de reversão promovidas sob o patrocínio do movimento *Pro-Life* e do próprio governo norte-americano durante sucessivas administrações do Partido Republicano.

Mais recentemente, em outra decisão histórica proferida no caso *Laurence vs. Texas*⁸⁸, em junho de 2003, a Suprema Corte norte-americana, revendo orientação anterior firmada em *Bowers vs. Hardwick*, em 1986, decidiu que práticas homossexuais entre pessoas adultas não podem constituir crime, tendo em vista a proteção constitucional conferida à privacidade.

cimento do direito para qualquer casal, casado ou não (cf. NOVAK; ROTUNDA, 1995, p. 800).

⁸⁵ 401. U.S. 317. Discutia-se, aí, a constitucionalidade de norma que condicionava o ingresso de ação de divórcio ao pagamento de custas judiciais, mesmo para pessoas pobres. Para a Suprema Corte, em questões que não envolvam direitos fundamentais, não existe o direito à isenção de custas judiciais para pessoas carentes. Ela só derrubou a lei, no caso, diante da sua conclusão de que o direito ao divórcio constitui uma liberdade fundamental, protegida sob o abrigo da *privacy* (cf. *idem*, *ibidem*, p. 802).

⁸⁶ 410 U.S. 113.

⁸⁷ Os trechos mais importantes desse julgado estão reproduzidos em MURPHY; FLEMING; BARBER, 1995, p. 1258-1266.

⁸⁸ O acórdão está reproduzido na íntegra na *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: Método, v. 3, p. 601-627, jan./jun. 2004.

Não obstante, a trajetória da proteção dos direitos fundamentais pela jurisprudência norte-americana atravessa uma fase de declínio, desde a década de 80 do século XX. A atual composição da Suprema Corte, em que predominam juízes conservadores, nomeados por presidentes republicanos, vem favorecendo uma interpretação tímida das liberdades constitucionais e do papel do Judiciário na sua proteção em face das demais autoridades públicas.

Sem embargo, ainda subsiste a idéia de que, na escala de valores da Constituição americana, as liberdades mais importantes, que devem receber proteção reforçada inclusive diante do legislador, são as de caráter existencial, e não as liberdades econômicas. Tanto é assim que, desde 1937, a Suprema Corte nunca mais invalidou qualquer norma que restringisse a livre iniciativa ou a autonomia contratual, mantendo uma postura de extrema cautela no controle da legislação econômica e social.

5 A relatividade das liberdades econômicas na Alemanha

O reconhecimento da relatividade das liberdades econômicas, e da sua posição inferior em relação às liberdades existenciais consagradas nas constituições, não se restringiu aos Estados Unidos. Trata-se, pelo contrário, de um fenômeno mais amplo, que se projetou sobre praticamente todos os Estados capitalistas na era contemporânea. Nesse sentido, parece-nos relevante destacar a posição da jurisprudência constitucional germânica, até porque o modelo constitucional tedesco se aproxima do nosso em seu desenho de um Estado intervencionista e social.

Cumprе recordar que a concepção de direitos fundamentais adotada pela Corte Constitucional alemã baseia-se na existência de uma ordem constitucional de valores, que tem no seu vértice o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio, bem como a cláusula do Estado Social de Direito inserta na Lei Fundamental de Bonn, têm enorme importância na definição do perfil das liberdades econômicas naquele país⁸⁹.

⁸⁹ Cf. KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd ed. Durham, NC: Duke University, 1997. p. 241.

E se a Corte Constitucional alemã não se absteve de definir, a partir daqueles princípios, os grandes marcos constitucionais para a ordem econômica germânica, ela também não estabeleceu em detalhes os contornos dessa ordem, deixando o espaço aberto para as várias e cambiantes ideologias que se defrontam no espaço político-eleitoral, e que encontram expressão mais fidedigna nas leis do que na interpretação judicial de cláusulas abertas da Constituição. Foi nesse sentido que, em julgamento proferido em 1954, a Corte destacou que

a Lei Fundamental não garante nem a neutralidade dos poderes Executivo e Legislativo em questões econômicas, nem uma “economia de mercado” [...]. A neutralidade da Lei Fundamental consiste apenas no fato de que o constituinte não adotou nenhum sistema econômico específico. Esta omissão confere à legislatura o poder de perseguir as políticas econômicas que considere apropriadas às circunstâncias, desde que a Lei Fundamental seja observada⁹⁰.

Sem embargo, em diversas decisões a Corte Constitucional alemã deixou claro que a noção de pessoa, como ser situado que tem obrigações com sua comunidade, não é compatível com uma interpretação inspirada pela ótica do liberalismo ortodoxo de princípios como os da livre iniciativa e da proteção da propriedade⁹¹. Em relação à propriedade, aliás, é o próprio texto constitucional, no seu art. 14.2, que determina que: “A propriedade obriga. Seu uso deverá servir, ao mesmo tempo, ao bem comum”. A concepção de pessoa subjacente ao princípio da dignidade da pessoa humana, coligada

⁹⁰ 4 BverfGE 7.

⁹¹ Em relação aos contornos constitucionais do direito de propriedade na ordem jurídica alemã, Luís Afonso Heck destacou que para a Corte Constitucional germânica, o legislador, ao concretizar e regular o direito em questão, “precisa levar em conta, de forma análoga, ambos os elementos da relação dialética estabelecida pela Lei Fundamental – a liberdade constitucionalmente garantida e o preceito de um regime de propriedade socialmente ajustado – e trazer a uma relação ponderada os interesses dignos de proteção de todos os partícipes” (*O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 238).

com o princípio do Estado Social de Direito, justifica, segundo a jurisprudência, profundas restrições às liberdades econômicas em favor da proteção de interesses coletivos, desde que observada a proporcionalidade⁹².

Todavia, as liberdades econômicas não são desprezadas. Pelo contrário, é reconhecida a sua estatura constitucional e sua importância para o livre desenvolvimento da personalidade humana. A relação entre a propriedade e a dignidade humana foi destacada em decisão proferida em 1968⁹³, na qual a Corte Constitucional assentou que

ter propriedade é um direito fundamental elementar, que deve ser visto em íntima conexão com a proteção da liberdade individual. Dentro do sistema geral de direitos constitucionais, sua função é assegurar ao seu titular uma esfera de liberdade no campo econômico que assim o permita levar uma vida de autogoverno.

Um julgamento emblemático acerca dessa tensão entre liberdades econômicas e interesses públicos e sociais foi proferido em 1981, no chamado “Caso das Águas Subterrâneas”⁹⁴. Nesse julgado, a Corte Constitucional apreciou o conteúdo do direito de propriedade e da noção de direito adquirido, ao avaliar a constitucionalidade de norma que condicionara o uso das fontes de água subterrâneas, situadas em propriedade privada, a uma prévia licença estatal. Um proprietário, que usava as águas em sua atividade econômica, e que tivera a licença para utilização denegada pelo órgão público competente por razões ambientais, recorreu à Corte Constitucional, afirmando que a restrição ao seu direito consistia em desapropriação disfarçada, que não poderia

⁹² O princípio da proporcionalidade assume uma função relevante nessa questão. Por exemplo, no julgamento do caso que ficou conhecido como “Caso do Chocolate” (53 BverfGE 135), apreciado em 1980, a Corte Constitucional invalidou uma lei que proibira a comercialização de produtos que fossem parecidos com o chocolate e que pudessem enganar o consumidor desavisado. O Tribunal Constitucional entendeu que a limitação no caso fora desproporcional, pois bastava obrigar os fornecedores a advertirem, na embalagem dos produtos, que não se tratava de chocolate. As partes mais importantes do acórdão encontram-se reproduzidas em KOMMERS, 1997, p. 279-280.

⁹³ 24 BverfGE 367.

⁹⁴ 58 BverfGE 300.

ser realizada sem prévia indenização. A Corte, ao rechaçar seu pedido, destacou, em primeiro lugar, que “o conceito de propriedade, como direito garantido na Constituição, deve ser derivado da própria Constituição”. Firmada essa premissa, ela assentou que o dever do legislador, na definição da propriedade, deve voltar-se não apenas à proteção do proprietário, mas também do interesse público. E finalizou o julgamento, averbando que

a garantia constitucional da propriedade [...] não implica que uma faculdade do proprietário, uma vez garantida, tenha de ser preservada perpetuamente ou que só possa ser retirada mediante uma desapropriação. A Corte Constitucional já decidiu repetidamente que o legislador não se defronta com a alternativa de preservar antigas posições legais ou retirá-las mediante compensação, a cada vez que um campo legal é de novo regulado. Dentro da moldura do art. 14 (I) (*direito de propriedade*), o legislador pode reestruturar posições legais individuais editando normas transitórias apropriadas e razoáveis, sempre que o interesse público mereça precedência sobre alguma justificada confiança – assegurada pela garantia de continuidade – na permanência de um direito adquirido.

Outro caso importante nessa seara versou sobre a participação dos trabalhadores na administração de empresas⁹⁵. Discutia-se a constitucionalidade de lei que assegurara aos empregados o direito à participação na gestão das grandes empresas, mediante a garantia de metade dos assentos nos conselhos de administração de sociedades com mais de dois mil empregados. Várias ações chegaram à Corte Constitucional, alegando a violação ao direito de propriedade e às liberdades de associação e de profissão. Em julgamento no ano de 1979, o Tribunal alemão destacou que deve ser preservado um amplo espaço para discricionariedade legislativa em questões envolvendo a disciplina da economia. Quanto à alegação de ofensa à propriedade, sublinhou que a restrição aos poderes dos acionistas estava no âmbito

⁹⁵ 50 BverfGE 290.

legítimo dos “comprometimentos dos proprietários com a sociedade em geral” e justificava-se com base na função social da propriedade. No que respeita às liberdades de associação e profissão, a Corte entendeu que não houve qualquer violação, pontuando situar-se longe da esfera de atividade empresarial das grandes corporações o núcleo dessas garantias.

Esses e outros exemplos revelam como no Direito alemão as liberdades econômicas, embora desfrutem de proteção constitucional inclusive em face do legislador, não se situam no mesmo patamar de outras liberdades fundamentais, que são consideradas mais essenciais à dignidade da pessoa humana.

6 A proteção à autonomia privada na ordem constitucional brasileira

É natural que uma Constituição como a de 1988, cujo advento simbolizou a definitiva superação do autoritarismo político no país, demonstre intensa preocupação com a liberdade. Essa preocupação traduziu-se na proteção reforçada às suas três dimensões jurídicas, destacadas no item 2 do presente trabalho: a autonomia pública, a autonomia privada e as condições da liberdade.

Em relação à autonomia pública, o texto constitucional não se limitou a reproduzir a cláusula de estilo da soberania popular, de que “todo poder emana do povo” (CF, art. 1º, parágrafo único): ele instituiu o voto secreto, direto, universal e periódico em todos os níveis e fez dessa garantia uma cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, II), pela primeira vez na história republicana. Ademais, adotou variados mecanismos de democracia participativa, visando dinamizar o sistema político e fortalecer a atuação direta do cidadão na condução da *res publica*. Assim, apesar das graves e crônicas disfunções sociais do país, é possível afirmar que, do ponto de vista político, o Brasil, depois da Constituição de 1988, tornou-se uma democracia, o que é emblematicamente demonstrado pela recente eleição de um ex-operário, ex-presos político, egresso do movimento sindical, para o mais alto cargo da Nação, num ambiente de verdadeira euforia cívica, sem que isso tenha provocado qualquer trauma ou convulsão social.

Por outro lado, a tutela da autonomia privada, entendida no sentido mais amplo, também foi significativamente fortalecida pela

Carta de 1988, em razão da riqueza do catálogo de direitos fundamentais inscritos no texto constitucional de modo não exaustivo e dos inúmeros remédios judiciais e garantias materiais instituídos para a sua defesa. Sua privilegiada localização no corpo da Constituição é também reveladora da relevância ímpar atribuída pelo constituinte às liberdades fundamentais.

Mas basta percorrer com a mínima atenção a Constituição de 1988 para verificar que a liberdade que ela pretende assegurar não é a mera liberdade formal ou negativa, circunscrita à ausência de constrangimentos externos ao comportamento dos agentes. É flagrante no discurso constitucional a preocupação com a efetividade da liberdade, e com a garantia, enfim, das condições materiais indispensáveis ao seu exercício, o que se evidencia diante do generoso preâmbulo, do amplo rol de direitos sociais consagrado, e ainda dos princípios norteadores da ordem econômica e da ordem social brasileiras acolhidos pelo constituinte.

Na verdade, a Constituição não toma a liberdade como um dado natural que lhe caiba proteger apenas por meio da limitação do arbítrio governamental. Ao inverso, ela reconhece que a miséria e a exclusão existentes na esfera social prejudicam a autonomia do cidadão, e por isso considera que a liberdade individual não é só limite, mas também tarefa, cuja persecução envolve deveres estatais comissivos, além de obrigações positivas e negativas impostas aos próprios particulares.

Quando trata da liberdade, a Constituição brasileira não é acometida pela cegueira que vitimava as cartas pré-weimarianas, que cerravam seus olhos para a opressão decorrente da desigualdade material instalada na sociedade e capilarizada por suas múltiplas instituições. Muito pelo contrário, ela se propõe a reduzir essa desigualdade, a proteger o fraco do mais forte, a assegurar condições mínimas de existência para todos, já que, sem isso, a liberdade não passa de retórica vazia.

Mas se, por um lado, a Constituição demonstra essa inclinação pelo social, por outro ela não abandona o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais. Nesse sentido, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, a liberdade de

empresa é assegurada e a propriedade privada protegida como direito fundamental. Porém, a opção capitalista é temperada pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social, mediante a adoção de variadas fórmulas compromissórias.

Nesse sentido, constata-se que o art. 1º aponta como fundamento da República não a livre iniciativa *tout court*, mas “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (CF, art. 1º, IV). Verifica-se, também, que o art. 170, antes de falar na livre iniciativa, menciona a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica⁹⁶, e estabelece, ainda, que a finalidade dessa ordem é “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (CF, art. 170), tratando a livre iniciativa econômica não como um fim em si, mas como um meio na busca daquele magno objetivo⁹⁷. Nota-se, ainda, que a proteção da propriedade privada é condicionada ao cumprimento da sua função social (CF, art. 5º, XXII e XXIII, e art. 170, II e III)⁹⁸. E atesta-se, por fim, que no elenco de princípios da ordem econômica constam não só normas de matriz liberal, como também diretrizes e mandamentos revestidos de inequívoco pendor solidarista (CF, art. 170, III, V, VI, VII e VIII).

Portanto, se é verdade que o constituinte rejeitou o modelo econômico socialista, de economia planificada, com apropriação coletiva dos meios de produção, ele também não aderiu ao *laissez-faire*, preferindo um regime intermediário, mais consentâneo com as demandas da sociedade contemporânea, que aposta na força criativa e empreendedora da iniciativa privada, mas que não foge à responsabilidade de discipliná-la e corrigi-la, sempre que isso se faça necessário para promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social. Essa solução compromissória vê a intervenção direta do Estado

⁹⁶ Para Carmen Lúcia Antunes Rocha, essa redação consagra a priorização constitucional do trabalho humano sobre a iniciativa empresarial (cf. Constituição e ordem econômica. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 22).

⁹⁷ No mesmo sentido, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 220-221.

⁹⁸ Sobre o perfil constitucional do direito de propriedade, veja-se, na doutrina brasileira, TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: ———. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 267-292.

nas atividades empresariais como medida excepcional e subsidiária (CF, art. 173), mas reconhece o seu papel como instância reguladora da economia (CF, art. 174), que deve não apenas zelar pelo bom funcionamento dos mercados, mas também corrigir seus rumos no sentido preconizado pelos valores entronizados na Carta Magna.

As reformas econômicas liberalizantes, introduzidas na Constituição nos últimos anos, não afetaram, senão periféricamente, essa arquitetônica, que subsiste íntegra nas suas bases: nosso modelo de constituição econômica é o de uma economia capitalista, mas preocupada com a igualdade material e a justiça social, que não pretende eliminar ou substituir o mercado, mas também não o reverencia como instituição sacrossanta⁹⁹.

É a partir dessa moldura axiológica que se deve examinar a proteção à autonomia privada outorgada pela Constituição brasileira. E, na nossa opinião, trata-se de reafirmar aqui o que já fora dito antes, agora de posse de dados concretos sobre o ordenamento positivo brasileiro. A proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 1988 é heterogênea: mais forte, quando estão em jogo dimensões existenciais da vida humana; menos intensa, quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial. Em relação às liberdades existenciais, como a privacidade, as liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, entre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, esses direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Tais liberdades não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos. A liberdade de pensamento, por exemplo, inclui a faculdade de ter e de divulgar idéias absurdas; a liberdade de associação abrange o poder de fundar entidades visando finalidades fúteis, desde que não criminosas; a liberdade de religião

⁹⁹ Assim, não compartilhamos da posição do ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual as reformas constitucionais que flexibilizaram monopólios e abriram certos setores da economia para o capital estrangeiro teriam desfigurado a ordem constitucional econômica, tal como delineada pelo constituinte originário (cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Funerais da Constituição de 1988*. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 44-45).

tutela tanto o direito de professar o credo católico ou espírita como o de freqüentar cultos satânicos.

Isso não significa que ditas liberdades sejam absolutas: em caso de conflito, elas podem ser ponderadas com outros direitos e princípios constitucionais. Significa, sim, que não cabe ao Estado avaliar se as liberdades existenciais estão ou não sendo exercidas no sentido que ele considerar mais apropriado, já que tal concepção esvaziaria o poder da pessoa humana de se autogovernar, de fazer escolhas existenciais e de viver de acordo com elas, desde que não lese direitos de terceiros.

Por isso não podemos concordar inteiramente com o professor Pietro Perlingeri quando, depois de reconhecer que a autonomia privada abrange tanto o campo das relações patrimoniais como o das situações subjetivas não-patrimoniais, de natureza pessoal e existencial, afirma que em ambos os casos existe “um denominador comum na necessidade de serem dirigidos (os atos de autonomia) à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis”¹⁰⁰. Na nossa opinião, a observação do Mestre de Camerino é inteiramente válida para a autonomia privada ligada a interesses patrimoniais, mas não para as liberdades existenciais, que não dependem de comprovação de utilidade social para tutela. Supor que as liberdades humanas existenciais só são protegidas se seu exercício atender a interesses coletivos equivale, a nosso ver, a recair num coletivismo transpersonalista, que não leva a sério que é o Homem “a medida de todas as coisas”. Se é verdade que a pessoa humana, a que se refere a Constituição brasileira, não é o indivíduo insular do liberalismo burguês, mas um ser social e enraizado, não é menos certo que essa pessoa não se reduz a uma parte no todo social. Cada pessoa é um fim em si mesmo, e em cada homem ou mulher pulsa toda a Humanidade! Por isso as pessoas são titulares de direitos inalienáveis, que podem ser exercidos inclusive contra os interesses da sociedade. Num sistema constitucional antropocêntrico, fundado na dignidade da pessoa humana, não parece legítimo resolver possíveis tensões entre a liberdade existencial da pessoa e os interesses da coletividade sempre em favor dos segundos.

¹⁰⁰ PERLINGERI, 1999, p. 19.

Já em relação às liberdades econômicas, parece-nos possível lastrear a dimensão correspondente da autonomia privada na cláusula da livre iniciativa, pois essa naturalmente pressupõe a capacidade dos agentes de celebrar contratos e outros negócios jurídicos, de utilizar seus bens e propriedades na consecução dos seus objetivos e de fazer circular a riqueza¹⁰¹. Sem embargo, e à luz de tudo o que foi dito acima, é evidente que se trata de uma autonomia fortemente limitada por uma série de outros valores constitucionais e interesses públicos, e que pode ser objeto de restrições legislativas, desde que proporcionais. E, naturalmente, tal autonomia também se sujeita ao controle judicial, fundado em regras jurídicas cogentes ditadas pelo legislador com fundamento na Lei Maior, em cláusulas gerais interpretadas à luz da normativa constitucional ou, ainda, na aplicação direta dos princípios da própria Constituição.

Portanto, o reconhecimento do caráter constitucional da autonomia privada negocial não implica imunizar esse campo diante de intervenções legislativas ditadas pelos poderes políticos. Pelo contrário, tais intervenções devem ser consideradas absolutamente naturais e até indispensáveis no quadro de uma sociedade desigual e de massas, em que se torna imperativo proteger as partes mais fracas nas relações negociais, assim como promover outros interesses relevantes da coletividade¹⁰².

Ademais, em relação a tais liberdades de caráter econômico, que envolvem a autonomia negocial, parece-nos inequívoco o seu

¹⁰¹ Nesse sentido, BASTOS, Celso. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 117-119.

¹⁰² Por isso, é mais aparente do que substantivo o nosso desacordo com Ana Prata, quando, analisando o direito constitucional português, rejeita que do princípio da iniciativa econômica privada possa ser extraída a proteção constitucional para a autonomia privada. Na verdade, parece-nos que existe proteção constitucional à autonomia privada negocial, mas ela é relativa e tem de ser conciliada com diversos outros princípios e valores constitucionais. Por isso, a lei pode restringir a autonomia para proteger esses outros interesses, desde que de forma proporcional. Mas o controle de proporcionalidade deve ser aqui exercido, no nosso entendimento, com cautela, de forma reverente às decisões adotadas pelos poderes políticos, em linha semelhante à adotada no direito americano para as liberdades econômicas por meio do uso do *standard* do teste de racionalidade (*rationality test*), pela relevância inferior e papel instrumental que tais liberdades assumem na tábua de valores subjacente à Constituição brasileira.

condicionamento ao desempenho de uma função social, ligada à promoção dos valores de justiça, liberdade real e solidariedade inscritos na ordem constitucional. Num sistema constitucional que põe o “ser” antes do “ter”, os direitos patrimoniais são protegidos não como um fim em si, mas como meios para concretização de valores ligados à realização existencial da pessoa e à defesa de interesses socialmente relevantes. Nesse sentido aponta a lição de Luiz Edson Fachin, de que

a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais, refletindo uma nova perspectiva, atentam para valores não patrimoniais, ou seja, para a dignidade da pessoa humana, sua personalidade, para os direitos sociais e para a justiça distributiva¹⁰³.

Daí a importância do reconhecimento, na ordem constitucional brasileira, da função social da propriedade, da posse, dos contratos e da empresa, não como meros limites externos a tais institutos, invocáveis apenas em situações patológicas, mas como elemento delimitador do próprio conteúdo daquelas categorias dogmáticas, que deve ser usado no dia-a-dia do tráfico jurídico.

Outra observação se faz necessária: a classificação de determinada manifestação da autonomia privada como integrante da esfera das liberdades existenciais ou econômicas, com a conseqüente sujeição aos respectivos regimes jurídicos que aqui tentamos bosquejar, não deve ser feita levando em consideração exclusivamente o preceito constitucional em que ela se fundamenta. Com efeito, se a proteção da propriedade de uma modesta residência, ou dos bens indispensáveis para a garantia de uma vida digna (o “patrimônio mínimo”, na expressão de Fachin), pode ser qualificada como uma liberdade existencial, já a liberdade de expressão, quando se tratar de um simples anúncio publicitário de um produto, parece-nos mais inserida no campo das liberdades econômicas, merecendo uma proteção constitucional menos reforçada do que a que se liga à comunicação

¹⁰³ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 181-182.

de idéias, por exemplo¹⁰⁴. É sempre fundamental examinar o contexto concreto em que se insere cada relação jurídica, para que seja possível precisar a intensidade da proteção à autonomia privada conferida pela Constituição aos agentes particulares nela envolvidos.

Por outro lado, cumpre reconhecer que quando identificamos os regimes constitucionais de proteção das liberdades existenciais e das liberdades patrimoniais, operamos, para fins didáticos, algumas simplificações, já que a realidade não é tão esquemática. De fato, há um *continuum* de situações em que o comportamento humano envolve, simultaneamente, aspectos patrimoniais e existenciais, em maior ou menor grau. Nesses casos, o nível de proteção constitucional conferido à ação do agente vai depender da sua posição dentro dessa escala: quanto mais se aproximar da esfera das opções e valorações exclusivamente existenciais, maior será o nível de defesa constitucional da autonomia privada; quanto mais ele se afastar desse campo e se aproximar do universo exclusivamente econômico-patrimonial, menor será essa tutela.

Embora a jurisprudência brasileira, de modo geral, ainda não tenha captado com clareza essa primazia das liberdades existenciais sobre as de caráter econômico no direito constitucional brasileiro, essa noção está latente em alguns julgados importantes. Nesse particular, vale citar, pela densidade das manifestações dos julgadores, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN n. 319-4, que versou sobre a constitucionalidade da Lei n. 8.039/90, a qual impunha mecanismos de controle sobre os reajustes das mensalidades escolares. O autor alegava, basicamente, que o legislador violara os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, que impediriam, na sua ótica, o controle *a priori* de preços no direito brasileiro. Para rejeitar esse argumento, o Relator, ministro Moreira Alves, averbou em seu lúcido voto:

[...] embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a

¹⁰⁴ Nesse sentido, no direito norte-americano, veja-se SUNSTEIN, Cass R. Speech in the Welfare State: a New Deal for speech. In: ———. *The partial Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1993. p. 197-231.

todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social [...]

Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva [...], e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse art. 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo, para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos [...] existência digna [...].

Tem, pois, razão, José Afonso da Silva [...], ao acentuar que “a livre iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa, no quadro estabelecido pelo poder público [...]”.

Essas conclusões se justificam ainda mais quando a atividade econômica diz respeito à educação, direito de todos e dever do Estado.

Assim, podemos afirmar, à guisa de resumo, que a ordem constitucional brasileira confere ampla proteção à liberdade, preocupando-se com a efetiva garantia aos excluídos das condições necessárias ao seu gozo. Ela protege a autonomia pública do cidadão, fortalecendo a democracia, mas também a autonomia privada. Em relação a essa, a tutela constitucional abrange tanto a dimensão existencial como a econômica, mas, no primeiro caso, ela se mostra mais intensa. Essa diferença se deve ao fato de que, pela concepção de pessoa e de sociedade adotadas pelo constituinte, as liberdades existenciais são consideradas mais relevantes para o livre desenvolvimento da personalidade humana do que as econômicas, que só beneficiam diretamente uma minoria. Já a autonomia negocial, que tem lastro no princípio da livre iniciativa, foi não apenas relativizada pelo Texto Magno, em razão da preocupação constitucional com a igualdade material e a solidariedade, como também instrumentalizada, em favor da proteção da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Enfim, na trajetória histórica do país, a “aventura” da liberdade encontra um ponto alto na Constituição de 1988. Resta agora concretizar as promessas emancipatórias da “Constituição cidadã”, levando a liberdade à vida cotidiana de todas as brasileiras e brasileiros.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

———. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa, 1994.

ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Micchael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 117-119.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: ———. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Trad. Rosaura Eichenberg. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002. p. 226-272.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BINENBOJN, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Pagés e Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2001.

- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- COING, Helmut. *Elementos fundamentais de filosofia do direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- . *Liberdades formais e liberdades reais*. In: ———. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- COX, Archibald. *The Court and the Constitution*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1987.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- . *What rights do we have?* In: ———. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1985.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. *Direito subjetivo – II*. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- FRIEDRICH, Carl J. *Derecho, independencia, libertad: una nueva evaluación*. In: ———. *La filosofía del derecho*. Trad. Margarita Álvarez Franco. 6. reimp. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Les principes philosophiques du droit politique moderne*. Paris: PUF, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia entre facticidade e validade I*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAYEK, Friedrich A. *Law, legislation and liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1979. v. 1 e 2.
- HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Liberdade. Dicionário Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Segunda seção. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores: Kant).

KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd ed. Durham, NC: Duke University Press, 1997.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luís Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*. Capítulo IX. Trad. Anoar Aiex; E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores: Locke).

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Funerais da Constituição de 1988. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

MERQUITOR, José Guilherme. O liberalismo antigo e moderno. In: MERCADANTE, Paulo (Coord.). *Constituição de 1988: o avanço do retrocesso*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1985.

MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A. *American constitutional interpretation*. 2nd ed. New York: The Foundation Press, 1995.

NASCIMENTO, Rogério Soares do. A ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002. p. 451-498.

NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989.

- NOVAES, Adauto. O risco da ilusão. In: NOVAES, Adauto (Org.). *O avesso da liberdade*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002.
- NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *American constitutional Law*. 5th ed. St. Paul: West Publishing, 1995.
- O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and politics*. 4th ed. New York: W.W. Norton, 1999. v. 2.
- OPPENHEIN, Felix E. Liberdade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.
- PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. 20th print. Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- . *Liberalismo político*. Trad. Sergio Rená Madero Báez. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e ordem econômica. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.
- SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*. Trad. João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

- . *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Do poder constituinte originário e sua limitação pelos direitos humanos*. Campo Grande: Solivros, 1999.
- SUNSTEIN, Cass R. Speech in the Welfare State: a New Deal for speech. In: ———. *The partial Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: ———. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- . A cidadania multidimensional na Era dos Direitos. In: ———. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- . *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- TOURAINÉ, Alain. *Qu'est-ce que la démocratie?* Paris: Fayard, 1994.
- TRIBE, Laurence H. *American constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.
- TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Trad. Róbson Ramos dos Reis e outros. Petrópolis: Vozes, 1996.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *El derecho a la intimidad*. Trad. Pilar Baselga. Madrid: Editorial Civitas, 1995.