



INTERSEÇÕES ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: UMA ANÁLISE SOBRE A IRRADIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO ORDINÁRIO¹

INTERSECTIONS BETWEEN THE PUBLIC AND THE PRIVATE: AN ANALYSIS OF THE IRRADIATION OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN ORDINARY LAW

Henrique Missau Ruviano²

Ricardo Anderson Rios de Souza Martins³

O presente resumo expandido versa sobre a irradiação no direito ordinário dos princípios norteadores da Constituição da República, buscando-se aclarar a possibilidade de análise do direito privados sob o manto constitucional. Para tanto, objetivou-se analisar a doutrina que trabalha a constitucionalização do direito privado, assim como a jurisprudência que aborda a matéria nos Tribunais Superiores. Utilizou-se, assim, o método de abordagem dedutivo e os métodos de procedimento bibliográfico e documental.

Desde o Estado Absolutista, onde as figuras do Estado e do Monarca eram confundidas, até o Estado Democrático de Direito, onde a humanidade se encontra atualmente, enfrentou-se também as peculiaridades do Estado Liberal e os desdobramentos do Estado de Bem-Estar Social. Cada qual dos modelos apresentou suas peculiaridades e ultimou em fenômenos jurídicos *sui generis*.

¹ O presente decorre de pesquisas vinculadas ao Grupo de Pesquisa "Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado", coordenado pelo Professor Dr. Jorge Renato dos Reis e vinculado ao Programa de Pós-graduação em Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC.

² Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2018). Integrante do Grupo de Pesquisa "Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado", coordenado pelo Professor Dr. Jorge Renato dos Reis e vinculado ao Programa de Pós-graduação em Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Dedicar-se à Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Atua nos temas referentes à "constitucionalização do direito privado". Advogado. *E-mail*: <henriquemruviano@gmail.com>.

³ Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina (2010). Integrante do Grupo de Pesquisa "Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado", coordenado pelo Professor Dr. Jorge Renato dos Reis e vinculado ao Programa de Pós-graduação em Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Dedicar-se à Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Oficial do Registro de Imóveis. <ricardoarsmartins@hotmail.com>.



Em gizo de exemplo, o Estado Absolutista era frontalmente distinto do Estado Liberal. Enquanto no Estado Absolutista se visualizava o poder concentrado no monarca soberano, estando ausente, com isso, ideias como as decorrentes da segurança jurídica e da previsibilidade, no Estado Liberal, o protagonismo repousava sobre o Poder Legislativo, cabendo ao Estado não intervir na vida privada dos indivíduos e à Constituição, além de organizar o Estado, garantir a liberdade. No Estado Liberal se criou a ideia de que o Estado estaria a serviço do homem⁴ e a Constituição ganhou papel de vincular o poder ao Direito⁵.

No mesmo diapasão, o Estado de Bem-Estar Social era sobremaneira distinto do Estado Democrático de Direito. Isso porque, enquanto o *Welfare State* era preocupado em garantir bem-estar aos indivíduos, sendo o Poder Executivo o seu principal protagonista, o Estado Democrático de Direito é garantidor de que barbáries humanitárias não aconteçam. Diante do cenário pós Segunda Guerra Mundial, onde os governos autoritários, como é o case do nazista governo da Alemanha à época, provocaram atrocidades à humanidade, o Estado Democrático de Direito ganhou força na busca por breçar tais atos, sendo seu protagonista o Poder Judiciário, como defensor dos Direitos Fundamentais e da Constituição⁶.

Para tanto, nos Estados de Direito, os direitos fundamentais, que outrora eram alocados aos finais das constituições, passaram a serem lembrados no início das mesmas – na solar ideia de que eles seriam o início (e o fim) de tudo. No cenário brasileiro, tal fenômeno pode ser visto a partir da promulgação, em 1988, da atual Constituição Federativa do Brasil, a qual apresenta vasto leque de direitos e garantias fundamentais já no limiar de seu bojo. A Constituição Republicana brasileira, assim, inaugura o Estado de Direito no país.

É justamente neste contexto de inauguração, ao redor do Mundo, de Estados Democráticos de Direito que se deu início à noção de Jurisdição Constitucional e da teoria objetiva dos direitos fundamentais, as quais deram novos paradigmas à jurisdição e ao direito ordinário privado. Em que pese a doutrina já estudasse o tema,

⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 8.

⁵ *Ibid.*, p. 5.

⁶ STRECK; Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, 2020, p. 10.



foi no caso *Lüth-Urteil* que a Corte Constitucional da Alemanha inaugurou, jurisprudencialmente, a teoria objetiva dos direitos fundamentais.

O referido *case* foi palco de debate judicial sobre a viabilidade de censura a um determinado filme com base no ordenamento jurídico alemão. A partir da decisão proferida pela Corte Constitucional daquela nação, compreendeu-se, jurisprudencialmente, que os direitos fundamentais possuíam uma ordem objetiva. A teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais prevê que os mesmos devem ser observados inclusive nas relações particulares – não somente nas relações entre o particular e o público, mas nas relações entre particulares. É a compreensão de que todo o ordenamento jurídico está associado aos direitos fundamentais.

O Direito passou a ser visto não mais como textos isolados e independentes, mas como um emaranhado interligado e dependente. Todo o ordenamento jurídico, sob o pálio da teoria objetiva dos direitos fundamentais, está vinculado e é a Constituição o cerne do mesmo. A partir do texto constitucional decorrem as interpretações hermenêuticas que são levadas a todo o direito ordinário, não havendo espaço para outras análises alheias à própria Constituição.

[...] pode-se aduzir que a aplicação direta dos princípios constitucionais constitui resposta hermenêutica a duas características essenciais da própria noção de ordenamento: unidade e complexidade. [...] Daqui decorrem duas consequências fundamentais: (i) o ordenamento não se resume ao direito positivo; e (ii) para que possa ser designado como tal, o ordenamento há de ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, uno, monolítico, centralizado.⁷

O Brasil acompanhou esta corrente. Enquanto os direitos fundamentais ganharam relevância com o Estado Democrático de Direito, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, o fenômeno da irradiação dos valores constitucionais para o ordenamento jurídico infraconstitucional, decorrente da teoria objetiva dos direitos fundamentais, passou a ser percebido, no âmbito brasileiro, com o protagonismo que o Supremo Tribunal Federal passou a trilhar em meados do limiar do século atual.

⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/hermeneutica-constitucional-e-sumula-vinculante-normas-constitucionais-e-direito-civil-na-construcao-unitaria-do-ordenamento>>. Acesso em: 21 abr. 2022, p. 4.



Neste diapasão, o direito privado brasileiro passou a ser visto sob uma ótica constitucional. A Corte Constitucional brasileira passou a dar hermenêutica também constitucional às decisões que envolvem *cases* que outrora era analisados tão somente sob o prisma infraconstitucional privado. Dada intersecção do público com o privado, verificou-se que, à luz que a doutrina da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais estabelece, o direito pátrio é visto como um todo, o qual deve ser uno, centralizado e não lacunoso, cabendo à Constituição do Brasil ser o elemento centralizados de todo o sistema de justiça. “[...] Nenhuma regra do sistema jurídico pode ser contrária à disposição constitucional”⁸.

Recente caso, neste sentido, que ganhou bastante notoriedade no noticiário nacional foi a da ADI 4.277 do Distrito Federal⁹. Na mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre os dispositivos que previam a união estável havida entre indivíduos para deliberar se os mesmos estariam de acordo com o que norteia a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

Utilizando-se da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a Suprema Corte brasileira, em interpretação conforme, entendeu pela inconstitucionalidade da interpretação que outrora não reconhecia como instituto jurídico a união estável havida entre homossexuais. A fundamentação da Corte se encontra debruçada sobre os princípios norteadores da nação, os quais se encontram no bojo constitucional, como é o caso da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da fraternidade e outros. Não se olvida, neste sentido que

O Direito não é um apanhado de textos isolados, mas um corpo jurídico que almeja à **coerência** e à **integridade**. Todo e cada padrão normativo presente em um ordenamento jurídico deve ser lido, interpretado e aplicado dentro de um contexto maior a que pertence: um **paradigma constitucional**, fundado e fundamentado no **Estado Democrático de Direito**, pautado por poderes livres, independentes e harmônicos.¹⁰

⁸ LEAL, Mônia Clarissa Henning; MASS, Rosana Helena. “**Dever de proteção estatal**”, “**proibição de proteção insuficiente**” e **controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2020, p. 53.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.477**. Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 23 abr. 2022.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Parecer. **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Porto Alegre: OAB, 24 abr. 2022. Disponível em:



Ocorre, no entanto (e há que se ressaltar), que a fronteira entre a teoria objetiva dos direitos fundamentais e o ativismo judicial pode ser *muito* tênue. À Corte Constitucional, neste sentido, cumpre a competência de interpretar e aplicar o Direito sob a hermenêutica constitucional. Entretanto, não é da competência do Tribunal Constitucional editar o Direito. Legislar positivamente é competência do Poder Legislativo, sendo prudente ao Poder Judiciário estar atento a esta delicada fronteira, na medida em que o ativismo judicial, é, doutrinariamente, refutado e, juridicamente, tido como um precedente temerário que não deve ser criado pela jurisprudência das Cortes Constitucionais.

Assim, de forma preliminar, tem-se que é visualizado, no contexto brasileiro, a consolidação da aplicabilidade da teoria objetiva dos direitos fundamentais, notadamente no que diz com a constitucionalização do direito privado, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No entanto, há que se cautelar para que os julgadores não pequem em incorrer no ativismo judicial, na medida em que a fronteira entre a interpretação conforme e a legislação positiva pode ser bastante tênue se não aplicada a técnica munida de cautela.

Palavras-chaves: Dimensão objetiva dos direitos fundamentais; Direito constitucional; Direito privado; Princípio Constitucionais; Supremo Tribunal Federal.

Keywords: Objective dimension of fundamental rights; Constitutional right; Private right; Constitutional Principle; Federal Court of Justice.

REFERENCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.477**. Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 23 abr. 2022.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007

<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/4/40790F20FB0F9F_ParecerLLSCFOAB.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022, p. 5.



LEAL, Mônia Clarissa Henning; MASS, Rosana Helena. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2020

STRECK, Lenio Luiz. Parecer. **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Porto Alegre: OAB, 24 abr. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/4/40790F20FB0F9F_ParecerLLSCFOA B.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022

STRECK; Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, 2020

TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/hermeneutica-constitucional-e-sumula-vinculante-normas-constitucionais-e-direito-civil-na-construcao-unitaria-do-ordenamento>>. Acesso em: 21 abr. 2022