

C758 Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado / Adalcy Rachid Coutinho .. [et. al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet — 2. ed rev e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed , 2006 429 p ; 23 cm. ISBN 85-7348-407-1

1. Direito e garantias individuais 2. Direito Privado. 3. Constituição 4. Direito Civil. I Sarlet, Ingo Wolfgang, org

CDU – 342 72/ 73

Índice para o catálogo sistemático:

Direitos e garantias individuais
Direito Privado
Constituição
Direito Civil

(Bibliotecária responsável: Marta Roberto, CRB-10/652)

Ingo Wolfgang Sarlet
Organizador

**Constituição,
Direitos
Fundamentais
e
Direito
Privado**

Aldacy Rachid Coutinho
Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Cláudia Lima Marques
Claus-Wilhelm Canaris
Christian Courtis
Eugênio Facchini Neto
Jörg Neuner
José Antônio Peres Gediel
José Carlos Vieira de Andrade
José Joaquim Gomes Canotilho
Juan María Bilbao Ubillos
Judith Martins-Costa
Luiz Edson Fachin
Maria Celina Bodin de Moraes
Paulo Mota Pinto

2ª Edição
Revista e Ampliada



livraria//
DO ADVOGADO
//editora

Porto Alegre 2006

311.212
C.158
CDI
2.ED.

STC 177/1988. de 10 de octubre
STC 14/1993. de 18 de enero
STC 99/1994. de 11 de abril
STC 56/1995. de 6 de marzo
STC 114/1995. de 6 de julio
STC 90/1997. de 6 de mayo
STC 1/1998. de 12 de enero
STC 74/1998. de 31 de marzo
STC 57/1999. de 12 de abril
STC 187/1999. de 25 de octubre
STC 192/1999. de 25 de octubre
STC 115/2000. de 10 de mayo
STC 250/2000. de 30 de octubre
STC 80/2001. de 26 de marzo
STC 20/2002. de 28 de enero
STC 66/2002. de 21 de marzo

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL

— 12 —

Dogmática de direitos fundamentais e direito privado¹

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO

Sumário: §§ 1º Dogmática dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado; §§ 2º. • enquadramento teórico das restrições aos direitos, liberdades e garantias pessoais; §§ 3º. Aproximação conceptual; a) O conceito de intervenção restritiva; b) âmbito de protecção e âmbito de garantia efectiva; §§ 4º. A querela das teorias: a teoria externa e teoria interna; 1 O argumento da contradição lógica; 2. O argumento de ideais irrealistas; 3. O argumento de ideais extrajurídicos; 4. O argumento da vinculação comunitarista; 5. O argumento da liberdade constituída; 6 O argumento do "pensamento espacial"; 7. O argumento da hierarquia de normas; 8. O argumento da deslealdade; 9. O argumento da força legitimadora; 10. O argumento de inflação de pretensões subjectivas; 11. O argumento da força vinculativa; Conclusão.

§§ 1º

Dogmática dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado

É crescente o número de trabalhos dedicados às relações entre o direito constitucional e o direito civil. Por vezes, os estudos denotam logo a matriz constitucionalista ou civilista dos seus autores. Com efeito, uns falam com arrogância de "civilização do direito constitucional" e outros respondem com igual sobrançeria com a "constitucionalização do direito civil". Num tom mais sereno, abordam-se aqui questões onde convergem importantes problemas dogmáticos do direito constitucional e do direito civil. Haja em vista o problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada (*Drittwirkung*), o problema da "privatização" de

¹ O presente artigo foi originalmente redigido para integrar a coletânea em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles. a ser publicada

funções e procedimentos públicos, o problema da renúncia a direitos fundamentais, o problema da responsabilidade patrimonial dos entes públicos. Poderemos afirmar, com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*Drittwirkung*) e do dever de protecção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (*Schutzpflicht*) na ordem jurídico-privada dos contratos.

No presente estudo, pretendemos abordar apenas algumas das dimensões da dogmática constitucional dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado.² Mais concretamente, pretende-se esclarecer esta intriga: pode a *dogmática das restrições* dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos ser transferida para o problema dos limites aos chamados "direitos civis"? De uma forma porventura mais incisiva e com um objecto já mais delimitado: a dogmática das restrições aos direitos, liberdades e garantias pessoais e a dogmática das restrições aos direitos civis de personalidade apresentam pressupostos comuns? No caso afirmativo, quais? Basta olhar para os casos mais acintosos do chamado "direito à caricatura" como manifestação do direito de liberdade de criação artística e cultural para se verificar que o problema das "ingerências" e das "restrições" toca o âmbito de protecção normativo-constitucional da liberdade de expressão e o âmbito de protecção jurídica dos direitos de personalidade. Os casos a que se faz alusão são hoje exemplos académicos de jurisprudência constitucional, civil e penal. Põem em causa a unidade da ordem jurídica e pressupõem uma apuradíssima dogmática do recorte jurídico dos chamados *Tatbestände* (pressupostos). Explicitemo-los, aproveitando a sua divulgação em recentes trabalhos universitários³ publicados em Portugal. No caso conhecido como "*Strauss-Karikatur*" ou "*Kopullierendes Schwein*" (o caricaturista Hachfel representa a figura de um "porco a fazer cópula" facilmente identificado com o então Presidente do Governo da Baviera Franz-Joseph-Strauss. Num outro caso, discutido nos quadrantes culturais norte-americanos – o caso *Hastler-Magazine vs Falwell* – o Pastor Baptista Jerry Falwell, líder da organização Maioria Moral, é representado numa caricatura, contando as suas primeiras experiências sexuais, num bordel, praticando incesto com a própria mãe. Não interessa agora discutir todas as complexas questões envolvidas nestes casos, desde a distinção

² Cfr., principalmente, Dieter Floren. *Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht. Spezifische Mechanismus Grundrechtsschutzes gegenüber der gerichtlichen Anwendung von Zivilvertragsrecht*, Berlin, 1999

³ Cfr. M. Costa Andrade. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal. Uma perspectiva jurídico-constitucional*. Coimbra, 1996. p. 396; Jónatas Machado. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra, 2002. p. 826

entre esfera pública e esfera privada até às dimensões específicas da caricatura no plano da liberdade de expressão e de liberdade de criação artística. Interessa-nos não somente fazer a pergunta: o recorte jurídico-constitucional do âmbito de protecção dos direitos de personalidade (nos quais se inclui o direito ao nome, à imagem, à intimidade da vida privada) e o recorte jurídico-civil de direitos de pessoais (onde se incluem também o direito ao nome, a tutela geral da personalidade, o direito à imagem, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada) obedecem aos mesmos esquemas jurídico-dogmáticos? Por outras palavras: a delimitação do âmbito de protecção abstracto e do âmbito de protecção efectivo das normas do art. 26º da Constituição (direitos pessoais) e dos arts. 70º, 72º, 79º e 80º do Código Civil (direitos de personalidade) obedece aos mesmos critérios metódicos e metodológicos? Ainda por outras palavras: os *Tatbestände* dos direitos constitucionais pessoais – direito ao nome, direito à imagem, direito à reserva da intimidade – são iguais aos *Tatbestände* dos direitos de personalidade protegidos pelo Código Civil (direito ao bom nome, direito à imagem, direito à reserva sobre a intimidade da vida privada)?

§§ 2º

O enquadramento teórico das restrições aos direitos, liberdades e garantias pessoais

Vamos trabalhar com as restrições aos *direitos, liberdades e garantias pessoais* consagradas na Constituição e com os *direitos de personalidade* positivados no Código Civil. O conceito de restrição reconduz-se, nuns e noutros direitos, a uma afectação desvantajosa de direitos ou liberdades juridicamente protegidos.⁴ Mas qual é a verdadeira natureza destas restrições? Uma significativa parte da doutrina – quer civilística quer constitucionalista – adere à chamada *teoria interna* ou *teoria dos limites imanentes* para justificar os pontos de partida na problemática das restrições (ou ingerências) de direitos. Curiosamente, um dos autores mais citados neste contexto é Wolfgang Siebert. Numa obra clássica, que serviu de paradigma aos estudos sobre limites de direitos privados, sobre exercício abusivo de direitos, sobre a *exceptio doli*⁵ escreveu:

⁴ Cfr. a recente tese de J. Reis Novais. *As Restrições de Direitos não expressamente autorizadas pela Constituição*. (polic)

⁵ Vide Wolfgang Siebert. *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Eine rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von der Schranken der Private Rechte und zur exceptio doli unter besonderer Berücksichtigung der gewerblichen Rechtsschutzes*. Hamburg, 1934. Cfr., entre nós, o enquadramento doutrinário destes institutos em Menezes Cordeiro. *Da Boa Fé*, p. 719; *Tratado de Direito Civil*. I. p. 198 ss. Cfr. também, J. Baptista Machado. "Tutela da confluência e ventre contra factum proprium" 1985 (in *Obra Dispersa*. 1991. p. 345; Coutinho de Abreu. *Do Abuso do Direito*. 1985

"Ao mesmo tempo deve dizer-se que esta doutrina permite incluir a ideia de dever e de comunidade e o sacrifício da utilidade privada no conteúdo do direito, podendo assim ser utilizada como uma peça importante para conferir imediata aplicação à operação de direito nacional-socialista"

Noutro importante artigo⁶ esclarece:

"Todas as exigências da comunidade não são, pois, limites externos, mas limites naturalmente insitos no direito."

Como facilmente se intui, a teoria dos limites imanentes surge, quer no âmbito do direito civil quer no âmbito do direito público, sobrecarregada com "vínculos comunitários" tipicamente tributários do ideário nacional-socialista. Há muito, porém,⁷ que a defesa de uma teoria dos limites imanentes pode e deve libertar-se deste "colete de forças" para se ancorar na ideia de intencionalidade e materialidade própria do direito.

Outra teoria – a *teoria externa ou teoria de intervenção e de limites* – procura dissociar direitos e restrições. Não deixa de ser significativo que o "maitre penseur" mais convocado em defesa desta teoria seja também um proeminente constitucionalista nacional-socialista.⁸ Num célebre artigo,⁹ escreveu as seguintes palavras, sistematicamente repetidas:

"Estes direitos de liberdade são, em termos de princípio, ilimitados, isto é, o seu conteúdo e a sua extensão residem completamente na vontade do indivíduo. Qualquer normação legal, qualquer intervenção das autoridades, qualquer intervenção estatal deve ser, por princípio, limitada, mensurável, calculável, e qualquer controlo estatal deve ser, por sua vez, susceptível de ser controlado."

Perante semelhantes formulações – uma de claro recorte idealístico-objectivo e outra de inspiração jusnaturalista-iluminista –, talvez seja de procurar algumas raízes para as teorias das restrições aos direitos. O ponto de união das preocupações constitucionalistas e civilísticas poderemos já descortiná-lo na formulação constitucional dos direitos individuais nas Constituições oitocentistas. Se compararmos, por exemplo, o art. 4º da

⁶ Vide W. Siebert, "Wom Wesen der Rechtsmissbrauch", in G. Dahm, *Grundfragen der neuen Rechtsmissbrauch*, Berlin, 1935.

⁷ Cfr., entre nós, A. Custunheira Neves, *Questão de Facto Questão de Direito*, p. 524 ss; Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 670 ss; *Tratado de Direito Civil*, I, p. 191 ss; J. Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, 1ª ed., 1983.

⁸ Referimo-nos a Carl Schmitt.

⁹ Cfr. Carl Schmitt, "Inhalt und Bedeutung der zweiten Hauptteils der Reichsverfassung", incluído no *Tratado de G. Anschütz/R. Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, 2 vols., Tübingen, 1932, p. 576.

Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen de 1789,¹⁰ e o art. 2º da Constituição Portuguesa de 1822,¹¹ verifica-se que os direitos originários e naturais se confrontavam com os *limites dos direitos dos outros* (*Déclaration*) ou com os *limites das leis* (Const. de 1822). Um autor¹² profundamente influente na elaboração dos textos constitucionais não deixou de observar com perspicácia esta reciprocidade – os direitos e a liberdade limitam o poder e afirmam-se sem limites. O problema das restrições aos direitos – restrições resultantes dos direitos dos outros e restrições impostas por leis – tinha sólidas raízes filosóficas nas teorias kantiana e lockeana. Por um lado, na construção kantiana a limitação de direitos assentava na ideia de que a "liberdade interna" dos homens transportava limites que resultavam do imperativo categórico, e, em último termo, da lei fundamental da razão prática ("Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de legislação universal"). Numa perspectiva contratualista, também John Locke justificava a limitação da liberdade natural pela necessidade da paz comunitária.¹³

§§ 3º

Aproximação conceitual

A melhor forma de confrontarmos a dogmática das restrições dos direitos, liberdades e garantias pessoais consagrados na Constituição e dos direitos de personalidade garantidos no Código Civil é a de, à partida, fazermos uma aproximação conceitual tendente a permitir um lastro dogmático comum.

a) O conceito de intervenção restritiva

Em primeiro lugar, impõe-se uma breve suspensão reflexiva em torno do conceito de *restrição*. A dogmática constitucional dá sobretudo relevo,

¹⁰ "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce que ne nuit pas à autrui; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que pour la loi."

¹¹ "A liberdade consiste na faculdade que compete a cada um de fazer tudo o que a lei não proíbe. A conservação desta liberdade depende da exacta observância das leis."

¹² Cfr. E. Slys, *Reconnaissance et Exposition Raisonnée des Droits de L'Homme et du Citoyen*, 20-21 Jul 1789.

¹³ Cfr., precisamente, J. Locke, *Two Treatises on Government*, § 87: "Man being born with a title to perfect freedom and uncontrolled enjoyment of all rights and privileges of the law of the nature, equally with another man, or number of men in the world, hath by nature a power to preserve his property, that is, his life, liberty and estate, against the injuries and attempts of other men."

às restrições feitas através da lei no âmbito de protecção de um direito, liberdade e garantia (leis restritivas). No entanto, a noção de restrição mais operacional para o tratamento combinado de ingerências jurídico-constitucionais e jurídico-civis é a que a doutrina constitucional qualifica de *intervenções restritivas*, ou seja, as cargas coactivas impostas concreta e individualmente ao titular de um direito fundamental através de um acto dos poderes públicos (ex: sentença jurisdicional privativa de liberdade, acto expropriativo da propriedade, proibição de uma manifestação pela autoridade administrativa)¹⁴

À semelhança do que acontece com as intervenções restritivas jurídico-públicas, pode também recortar-se um conceito de *intervenção restritiva privada* (*Privateingriff, Eingriff Privater*).¹⁵ O conceito de intervenção restritiva teria, assim, operacionalidade prática, para abranger os actos, actividades ou comportamentos (públicos ou privados), que produzem uma redução ou encurtamento do âmbito de protecção de um direito. Se tivermos presente os dois exemplos citados da caricatura, poderíamos dizer que a ingerência sobre o direito ao nome, o direito à imagem e o direito à intimidade da vida privada podem qualificar-se como intervenção restritiva privada. Isto não significa, note-se, que estejamos a tomar partido a favor de um dos sujeitos em litígio, pois o simples reconhecimento de uma intervenção restritiva pode não dizer nada quanto ao resultado da ponderação ou balanceamento entre os direitos conflitantes em presença. Além disso, *prima facie*, pode também nada revelar quanto à licitude ou ilicitude da ingerência restritiva. Impõe-se aqui uma nova suspensão em torno de dois conceitos básicos: *âmbito de protecção de um direito* e *âmbito de garantia efectiva*.

b) âmbito de protecção e âmbito de garantia efectiva

É hoje comum na literatura juspublicística a distinção entre âmbito de protecção (*Schutzbereich*) e âmbito de garantia efectiva (*Garantiebereich*). Não há, com efeito, identidade entre o chamado âmbito ou domínio de bens protegidos por um direito fundamental ("âmbito de protecção", "âmbito normativo") e o chamado "âmbito efectivamente garantido".¹⁶ O âmbito de protecção significa que um bem é protegido, mas nesse âmbito podem intervir medidas desvantajosas de entes públicos ou de entes pri-

¹⁴ Cfr., por todos, Stern/Sachs, *Staatsrecht*, III/2, p. 146 ss. Note-se que o conceito de restrição sugerido aponta para um conceito de ingerência não reconduzível ao conceito clássico assente na ideia de acto jurídico, imperativo e finalístico.

¹⁵ Cfr. Canaris, "Grundrecht und Privatrecht", in ACP (1985), p. 9 ss; D. Floren, *Grundrechtsdogmatik*, cit., p. 64 ss.

¹⁶ Cfr., por exemplo, K. Stern, *Staatsrecht*, III/2, p. 31 ss.

vados, que, mesmo sendo lícitos, carecem de justificação e de limites. O âmbito de garantia efectiva é o domínio dentro do qual qualquer ingerência, pública ou privada, é ilícita.¹⁷

Poderá concordar-se sobre este ponto: uma coisa é o âmbito de protecção do "direito à caricatura" como forma de expressão da liberdade artística e da liberdade de expressão, e, outra coisa, é o âmbito efectivamente garantido por estes direitos àquela forma de expressão. Do mesmo modo, uma coisa é o âmbito de protecção dos bens protegidos pelos direitos constitucionais pessoais ou pelos direitos civis de personalidade, e, outra coisa, é o âmbito efectivamente garantido destes direitos, depois de eventuais intervenções restritivas legítimas ou de balanceamento de direitos conflitantes.

Esta distinção entre os dois âmbitos apresenta operacionalidade jurídico-dogmática quer na hermenêutica jurídico-constitucional quer na hermenêutica jurídico-civil. Com efeito, ela permite estruturar em ambos os casos o procedimento metodológico inicial:

- 1) em primeiro lugar, analisa-se se existe uma intervenção restritiva dos poderes públicos ou de sujeitos privados no âmbito de protecção de um direito pessoal e constitucional ou de um direito de personalidade civil;
- 2) em segundo lugar, investiga-se se a intervenção restritiva obedece às exigências formais e materiais legitimadoras da intervenção restritiva (ex.: fundamento legal, direito concorrente, proporcionalidade da intervenção).

Os dois momentos, embora logicamente conectados, transportam dimensões funcionais diferentes: em (1) investiga-se a existência restritiva e em (2) os pressupostos legitimadores desta intervenção. Daqui resulta que entre o âmbito de protecção e a intervenção restritiva existe uma ligação estreita que se torna ainda mais patente quando se discute a relação entre os *Tatbestände* dos direitos e as respectivas restrições. Mas não só: o modo de articulação da intervenção restritiva com os pressupostos dos direitos fundamentais revela também o modo como se determina o âmbito de *garantia efectiva de um direito*. Se partirmos das premissas da chamada *teoria externa* o âmbito da garantia efectiva é o âmbito de protecção definitivo depois de estabelecidas as restrições. Se elegermos a *teoria interna*, o âmbito de garantia efectiva é o que resulta depois de um cuidadoso recorte dos limites que *a priori* (limites imanentes) subtraem ao âmbito de protecção determinados acções, posições, comportamentos. O problema está em que nos casos de colisões entre direitos não é fácil

¹⁷ Ver D. Floren, *Grundrechtsdogmatik*, cit., p. 63 ss.

delimitar o âmbito de protecção e o âmbito de garantia efectivo, pela simples razão de que a intervenção restritiva surge associada ao próprio exercício de um direito. E isto quer na dogmática civil quer na dogmática constitucional dos direitos fundamentais pessoais. Tornemos mais concretas as considerações precedentes ilustrando-as com os *leading cases* da "Strauss-Karikatur" e do "Hustler Magazine vs Falwell". Qual é o âmbito de protecção dos direitos de personalidade aqui em causa, designadamente do direito ao nome (Cód. Civil, art. 72º), do direito à imagem (Cód. Civil, art. 79º), do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (Cód. Civil, art. 80º) e, de um modo geral, do direito geral de personalidade (Cód. Civil, art. 70º)? Qual é o âmbito de protecção dos direitos fundamentais pessoais consagrados no art. 26º da Constituição, designadamente o direito ao nome, o direito à imagem e o direito à reserva da vida privada? E qual o âmbito de garantia efectiva dos mesmos direitos quando estão em colisão com uma das formas mais intensas e robustas de liberdade de criação artística e de liberdade de expressão como é o direito à caricatura?¹⁸ E qual é o âmbito de garantia efectivo quer dos direitos de personalidade quer dos direitos de liberdade de criação artística e de expressão aqui em confronto? Interessa-nos aqui não tanto as soluções a que a jurisprudência da Alemanha e dos Estados Unidos chegaram nos casos concretamente discutidos, mas antes a abordagem dogmática das relações entre o Tatbestand de um direito e restrição (intervenção restritiva) do mesmo direito. Vêm aqui convergir as complexas questões de *uso e abuso do direito* e a interminável discussão em torno dos chamados *limites imanes* dos direitos. Em termos teóricos, o que está em causa é saber: (1) se devemos lidar com uma *teoria restritiva* ou uma *teoria alargada do Tatbestand*; (2) se devemos escolher uma *teoria externa* ou uma *teoria interna* na compreensão das restrições. Estes dois problemas estão relacionados, mas não se confundem.

§§ 4º

A querela das teorias: a teoria externa e teoria interna

A questão da articulação de direitos e limites de direitos é, como vimos, há muito conhecida no domínio do direito constitucional (cfr. §§ 1º). E não menos conhecida é no âmbito do direito civil. Num campo como noutro, as teses em confronto reconduzem-se às duas leituras estruturais.

¹⁸ Cfr Costa Andrade. *Liberdade de Imprensa*. cit p 306; Jónatas Muchado. *Liberdade de Expressão*. cit . p 824

A *teoria interna* parte das seguintes premissas:

- 1) os direitos e os respectivos limites são imanes a qualquer posição jurídica;
- 2) o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta desta compreensão do direito "nascido" com limites; logo
- 3) o âmbito de protecção de um direito é o âmbito de garantia efectivo desse direito.

Por sua vez, a *teoria externa* propõe o seguinte esquema:

- 1) os direitos e as restrições são dimensões separadas;
- 2) as restrições são sempre "desvantagens" impostas externamente aos direitos;
- 3) o âmbito de protecção de um direito é mais extenso do que a garantia efectiva, porque aos direitos sem restrições são apostos limites que diminuem o âmbito inicial de protecção.

A moderna teoria do direito tem revisitado o problema da radical alternatividade das teorias externa e interna das restrições para demonstrar a insustentabilidade de teorias puras quando na grelha analítica introduzimos duas outras dimensões metódicas: (1) a distinção entre *princípios e regras* no campo dos direitos fundamentais; (2) a indispensabilidade da *ponderação de direitos e de bens*, irreconduzível à fixação de padrões teóricos abstractos. De qualquer forma, a "revisita" das teorias é feita com grande rigor analítico, valendo a pena passá-las em revista. Numa importante monografia sobre o tema,¹⁹ os argumentos esgrimidos são nada mais nada menos do que catorze, que na exposição subsequente reduziremos a onze:

1. O argumento da contradição lógica
2. O argumento de ideais irrealísticos
3. O argumento de ideias (ideais) extrajurídicos
4. O argumento da vinculação comunitarista
5. O argumento da liberdade "constituida"
6. O argumento do pensamento "espacial"
7. O argumento da hierarquia de normas
8. O argumento da deslealdade
9. O argumento da falsa força legitimante
10. O argumento da inflação de pretensões
11. O argumento da falsa vinculação dos direitos fundamentais
12. O argumento da racionalidade

¹⁹ Referimo-nos à obra de Martin Borowski. *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima-facie Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden. 1998. p 190 ss

13. O argumento da liberdade como liberdade negativa

14. O argumento da vinculação demasiado forte dos direitos fundamentais

Para panóplia retórica-argumentativa surge, muitas vezes, de forma difusa quer na literatura civilística quer na literatura constitucionalística. E, como há ver-se, nem todos os argumentos possuem a mesma robustez metódica e discursiva

1. O argumento da contradição lógica

É um argumento reiteradamente esgrimido pelos defensores da teoria interna e recorre a formulações incisivas e sonantes: "O direito cessa onde o abuso começa", não pode haver "uso abusivo" de um direito.²⁰ O argumento, formulado no plano lógico, será este: um e o mesmo acto não pode ser simultaneamente conforme ao direito e contrário ao direito. Noutra enunciado: por um lado, proclama-se o direito ilimitado; por outro lado, declara-se inadmissível o exercício do mesmo direito.

O problema, como o demonstram os "casos-base" das caricaturas, não se reconduz apenas a uma questão de contradição lógica. O que é que se protege e até onde se protege o direito à caricatura? O que é que deve ser "retirado" à caricatura para não ofender os direitos de personalidade das pessoas visadas ou os direitos fundamentais pessoais? O que é que, em termos definitivos, cabe neste mesmo direito?

A compreensão das dificuldades leva os defensores da "teoria principialista" dos direitos a propor uma nova visão das coisas. Contra o "purismo" da teoria externa não é possível dizer que a caricatura, pornográfica e acintosamente dirigida a pessoas identificáveis, é uma expressão de um *free speech* robusto e desinibido, enquadrável no âmbito de protecção da liberdade de criação artística e de liberdade de expressão, e, *a posteriori*, restringir esse âmbito de protecção dizendo que afinal caricaturas daquele tipo não cabem no mesmo âmbito de protecção.

Por sua vez, a "teoria interna" surge logo erigida de dificuldades, pois vê-se forçada a recortar um *Tatbestand* restrito do direito à caricatura, expulsando eventualmente desse direito caricaturas pornográficas pessoais, a fim de definir depois um âmbito de protecção coincidente com o âmbito de garantia efectivo.

A teoria principialista dos direitos parece-nos aqui em condições de oferecer uma visão das coisas menos radical mas não menos metodicamente rigorosa. Vejamos porquê. Contra a teoria externa radical, a contradição lógica reconduz-se a isto:

²⁰ As fórmulas remontam a Planiol-Ripert. *apud* Borowski. *ob. cit.*

"O conteúdo *prima facie* de um direito é simultaneamente um definitivo não direito"

No entanto, pode ser possível afirmar que um direito, jurídico-estruturalmente considerado, *prima facie*, como direito, tenha de ceder, em virtude da ponderação ou balanceamento exigido pela protecção de outros bens com ele coincidentes. O direito *prima facie* não obtém radicação como direito definitivo. O âmbito de protecção não coincide com o âmbito de garantia efectivo. A ponderação segundo o "peso" dos direitos nas circunstâncias concretas evitará assim a contradição lógica anteriormente referida da teoria externa se a proposição for a seguinte:

"O conteúdo, *prima facie*, de um direito pode não ser o seu conteúdo definitivo quando, em virtude de um juízo de ponderação concreto, houver necessidade de o restringir conferindo maior peso a outros bens ou direitos."

A teoria interna, como se viu, restringe o *Tatbestand* do direito para identificar âmbito de protecção e âmbito de garantia efectivo. A formulação lógica é nem mais nem menos esta:

"se o conteúdo *x* é o conteúdo verdadeiro deste direito então exige-se para *x* as efeitos jurídicos desse direito"

O ponto de partida é fatal à teoria interna: dá como demonstrado o que é preciso demonstrar. Qual é o conteúdo verdadeiro do direito à caricatura? A seguinte proposição demonstra a *petitio principii*:

"se o conteúdo verdadeiro da caricatura é a caricatura sem pornografia então a caricatura sem pornografia tem os efeitos jurídicos do direito à caricatura".

A favor da teoria interna pode argumentar-se com os casos em que a inclusão, no âmbito de protecção de um direito, como eventual candidato positivo, de um comportamento em radical oposição ao sentimento jurídico geral, não é apenas uma contradição lógica mas uma insustentável proposição axiológica. Vejamos o caso da morte no palco como expressão do "climax" da criação artística

"a morte no palco do artista é, *prima facie*, a expressão da liberdade de criação artística, mas o homicídio é um crime não enquadrável no mesmo direito"

Trata-se, como se vê, da contradição lógica atrás assinalada ("o conteúdo, *prima facie*, de um direito é simultaneamente um definitivo não direito"), mas a que se acrescenta a questionabilidade da aceitação de um postulado ético-axiologicamente em dissonância radical com a consciência jurídica geral da comunidade

2. O argumento de ideais irrealistas

O argumento é este: a teoria externa está fora de realidade. A aceitação de um direito sem limites não existe num sistema jurídico real. "O homem não está só no mundo e não pode actuar em nenhuma parte sem limites". "Tudo vale apenas dentro de certos limites".

A teoria externa, nos seus resultados finais, não aponta para soluções irrealísticas. Parte da ideia de "direitos ilimitados *prima facie*" mas não afirma que, na realidade, haja direitos ilimitados. Neste sentido, o esquema básico da teoria externa – direito sem restrições, *prima facie*, e direitos com restrições em *definitivo* – corresponde apenas a um esquema explicativo-regulativo das próprias restrições. O pensamento de Locke e de Kant, atrás referidos, apontam precisamente neste sentido.

3. O argumento de ideais extrajurídicos

Uma coisa é o direito vigente e outra coisa são ideais de valor jurídico-político, ou melhor, político-jurídico. Por estas palavras e por outras semelhantes pretende-se que os simples "dever-ser" jurídicos não são normas da ordem jurídica. A ambiguidade da colocação do problema nos termos assinalados radica em que, levada até às últimas consequências, significaria que as normas jurídicas não poderiam conter "ideais jurídicos". Mesmo na interpretação jurídico-dogmática do BGB (art. 242^o) feita por Siebert dizia-se que as ideias de direito justo poder-se-iam converter em conteúdo do direito. Nesse caso, já não era uma lei ético-social oriunda de um poder externo criador de rupturas na ordem jurídica, mas um factor constitutivo integrado na própria ordem jurídica. Subsistem aqui, como é bom de ver, dimensões positivistas dirigidas contra a invocação de validade de princípios jurídicos ou de ideias de "direito" fora do sistema de direito politicamente implantado.

Martin Borowski²¹ regista esta problemática dizendo que a colocação de Siebert (feita, como se disse, na época nacional-socialista e por um autor incorporado no pensamento nacional-socialista) é um problema de dogmática jurídica do direito civil mas não um argumento relevante contra a teoria externa. A nosso ver, é um problema de teoria do direito²² que se pode retomar a partir da ideia de direitos fundamentais como princípios.²³

²¹ Cfr M Borowski. *Grundrechte als Prinzipien*. cit. p. 193

²² Ver as considerações de Custunheira Neves. *Questão de Facto – Questão de Direito*. cit. p. 526

²³ O autor em referência sugere essa ideia. Cfr Ob e autor cit. p. 193

4. O argumento da vinculação comunitarista

É um dos argumentos mais intrigantes e facilmente reversíveis. Literalmente formulado, reconduzir-se-ia ao seguinte: a teoria externa é uma teoria normativa de posições individualistas que desprezam as dimensões comunitárias. A invocação da dimensão comunitária é, muitas vezes, uma outra forma de dizer que os limites e deveres pertencem à essência do direito. Esta invocação é, por sua vez, uma fonte de equívocos. Poderia significar, desde logo, que os adeptos da teoria interna ("limites imanentes") são todos defensores de uma compreensão não liberal ou até antiliberal das liberdades e direitos pessoais. Isto não corresponde à verdade, assumindo-se muitos autores defensores da teoria interna como antropologicamente próximos de posições personalistas e não supra-individualistas ou transpersonalistas.²⁴ Por outras palavras: a compreensão não liberal dos direitos pessoais de liberdade não é um pressuposto necessário da teoria interna. Num sentido diametralmente oposto, a defesa de uma teoria externa equivaleria automaticamente a posições individualistas em que a liberdade negativa surgiria como um "valor em si" rebelde à convocação de dimensões comunitárias legitimadoras de restrições a esta liberdade. Também este modo de ver as coisas é tendencialmente redutor. Quer numa óptica juscivilística quer numa perspectiva dogmática jusconstitucionalista a teoria externa não pretende dizer mais do que isto: primeiro nascem os direitos e as normas garantidoras destes direitos e depois estabelecem-se normas restritivas destes direitos. A regra do direito e a excepção da restrição, eis o esquema básico deste pensamento. Dizer-se que a propriedade é, no direito civil, um direito absoluto com as dimensões de *jus utendi, fruendi e abutendi* não significa que ele não esteja sujeito a fortes restrições comunitárias como o demonstra a problemática do *jus aedificandi*.²⁵ Afirmar-se que o direito constitucional da propriedade é um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, não implica necessariamente que ele não tenha, logo a nível constitucional, vinculações comunitárias razoavelmente intensas.

5. O argumento da liberdade constituída

O esquema *direito-restrição* transportaria uma valoração (expressa ou implícita) da actividade legislativa conformadora dos direitos. O legislador identificar-se-ia com o agente da restrição e, daí, passa-se facilmente para a ideia do legislador como "inimigo" dos direitos. Este argumento

²⁴ Cfr o estudo destas posições em A. Cabral Moncada, *Filosofia do Direito*. No plano da dogmática dos direitos fundamentais, cfr. J. Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, 2ª ed. 2001, p. 275 ss

²⁵ Cfr a discussão em F. Alves Correia, *O Plano Urbano e o Princípio da Igualdade*

reduz, em primeiro lugar, o sentido da conformação legislativa, pois a intervenção do legislador não é necessariamente restritiva. Pode ser "concretizadora", "clarificadora", "densificadora", "constitutiva" de direitos e não apenas restritiva.²⁶ Além disso, a tradicional ideia de que "só a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias" exprime a ideia contrária, precisamente a de que, na senda da tradição liberal (lei como instrumento da defesa da liberdade e da propriedade), ainda confia ao legislador (e só a ele!) a tarefa ineliminável de restrição de direitos para a defesa de outros direitos. Se concretizarmos estas ideias com os nossos "Casos-Base" verificaremos que a lei que restringe a liberdade de expressão e de criação artística, na forma de direito à caricatura, para defesa de direitos de personalidade (direito à honra, direito ao bom nome, direito à intimidade) é certamente uma lei restritiva de um direito, mas é, simultaneamente, uma lei protectora de outros direitos. A teoria dos direitos *prima facie* com que hoje trabalha a teoria externa deixa imperturbada esta relação de colisão precisamente porque com a ideia de direitos *prima facie* e de direitos *definitivos* permite reconstruir a tarefa do legislador com uma tarefa de ponderação (otimizadora, harmonizadora) irreconduzível a uma caricatura de "legislador limitador" inimigo dos direitos.

6. O argumento do "pensamento espacial"

A teoria externa seria, segundo os seus críticos, uma teoria de *espacos dos direitos* (e das restrições). De certo modo, o modelo direito-restrição seria uma espécie de "geometria dos direitos fundamentais" em que os direitos ocupariam um "espaço" ("âmbito de protecção") que depois seria reduzido em consequência da intervenção de leis restritivas ("espaço da garantia efectiva")

A crítica do "argumento espacial" pode formular-se do mesmo modo no plano juspublicístico e no plano juscivilista. A teoria externa parece lidar com a ideia de um "espaço", uma "coutada", onde se localizaria o direito, e seria a "invasão" deste espaço que poderíamos designar como restrição. No fundo, tratar-se-ia de reduzir o "espaço" de um direito. Se a lógica da teoria externa fosse apenas uma lógica espacial, o argumento teria toda a razão de ser. Não se compreenderia que, por exemplo, o direito ao nome, o direito à tutela de personalidade, o direito à intimidade fossem lugares, geometricamente variáveis ao sabor de restrições ou de limites. Em termos hermenêuticos e metódicos, a concretização dos direitos constitucionais pessoais ou dos direitos civis de personalidade pressupõe, é certo, a delimitação de um *programa normativo* que, muitas vezes, parece

²⁶ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 302. explica convincentemente estas várias dimensões da lei

ser reconduzível a um "espaço de estatuição" acoplado a um "espaço de realidade". Trata-se de uma linguagem metafórica, que outra coisa não diz nem pode dizer senão a de que na metódica das restrições e intervenções restritivas é necessário lidar com "âmbitos" de protecção e "âmbitos" de garantia cuja delimitação é teleologicamente orientada.

De resto, quando se fala em *Tatbestand* alargado ou de *Tatbestand* restrito a ideia é também a de circunscrever os direitos, ampliando-os ou restringindo-os, sem que isso se associe necessariamente a teorias externas ou internas.

7. O argumento da hierarquia de normas

Vale a pena formular primeiro argumento:

"a restrição por leis ordinárias de direitos constitucionais pessoais formalmente garantidos equivale a dizer que leis ordinárias se sobrepõem a normas constitucionais".

A teoria externa transportaria, pois, este pecado primeiro: garante directamente ao nível hierarquicamente superior da Constituição determinados direitos e, depois, tolera restrições a esses direitos ao nível hierarquicamente inferior das leis. É um argumento que, à primeira vista, não parece trazer inquietações às restrições ou intervenções restritivas aos direitos civis de personalidade. Sendo, como são, direitos consagrados por leis ordinárias (os Códigos), a restrição destes direitos por outras leis posteriores de igual hierarquia corresponderia nada mais nada menos do que à revogação de lei anterior por lei posterior.

A argumentação baseada na hierarquia das normas revela-se notoriamente redutora. Em primeiro lugar, é indiscutível que a fundamentalização e constitucionalização de alguns direitos positivados nos Códigos, como são²⁷ alguns dos direitos de personalidade (direito ao bom nome, direito à imagem, direito à tutela da personalidade) pretendeu furtar estes direitos à livre disponibilidade dos legisladores ordinários. A intervenção, porém, destes legisladores é ditada, muitas vezes, não pela "inimizade" em relação aos direitos em causa, mas sim pela "amizade" que todos lhe merecem. Como já se observou anteriormente, o legislador "concretizador", "harmonizador", "ponderador", procura concordância, densificação e ponderação "otimizadoras" de direitos, não raro em rotas de colisão uns com os outros.

O argumento da hierarquia das normas poderia, de resto, transferir-se para as intervenções restritivas dirigidas por órgãos da administração ou

²⁷ Ou eram, porque, como se sabe alguns destes direitos, foram constitucionalmente positivados. Cfr. CRP art. 26"

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL

por órgãos da administração da justiça subordinados à lei e à Constituição. Também aqui direitos garantidos pela Constituição e pela lei vêm a sofrer intervenções restritivas (ex.: uma pena de prisão limitativa do direito de liberdade pessoal de deslocação, uma instrução administrativa proibitiva do registo de nomes de cidadãos portugueses em língua estrangeira), mas nem por isso se pode afirmar existir uma inversão de hierarquias normativo-funcionais.

Finalmente, esquece-se, que a dimensão básica de muitos direitos é a "abertura material" e o seu "peso principal" inevitavelmente postuladores de tarefas de concordância e de ponderação assentes não em esquemas dicotómicos superior/inferior, constitucional/ordinário, mas em metódicas concretamente concretizadoras das dimensões materiais dos direitos em causa. A doutrina de direito civil (e também do direito penal, mas esta não está aqui em causa) tem demonstrado aqui uma preocupação práctico-metodológica bastante mais razoável do que a doutrina juspublicista. Nos exemplos do direito à caricatura, em que é patente a colisão entre direitos de personalidade e direitos de liberdade de expressão e de criação artística, a questão central não é a de saber se os direitos em causa têm carácter "constitucional" ou simplesmente "ordinário", mas sim como decidir como é que nas relações intersubjectivas de pessoas iguais os direitos se "conformam", se "conciliam", se "limitam" e se "realizam".

8. O argumento da deslealdade

Em termos retóricos, o argumento formula-se com toda a linearidade:

"Promete-se muito e acaba-se dando pouco"

A teoria externa criaria, de facto, ilusões, pois, à partida, afirma que determinados comportamentos, actos ou situações ainda são expressão ou manifestações de direitos e, à chegada, acaba por confessar que esses mesmos comportamentos, situações ou actos não são, afinal, direitos. Criam-se esperanças, desfazem-se esperanças e tudo em nome de uma lógica de direitos ilimitados originários e limites externos colocados posteriormente.

Esta argumentação dirige-se quer quanto ao modelo teórico da chamada *Aussentheorie* (teoria externa) quer quanto à concepção dos direitos pessoais (ou de personalidade) como *direitos de defesa* resistentes a agressões externas. A perspectiva, já várias vezes sugerida, de direitos *prima facie*, que poderão não lograr estabilização subjectiva em termos *definitivos*, pretende responder já à criação de falsas expectativas. Só que a questão não se resolve, como os casos das caricaturas demonstram, com o manejo das técnicas teóricas e metódicas mais cautelosas – a teoria

interna e a teoria do *Tatbestand* restrito. Mais uma vez: até onde vai o direito à caricatura e onde começa a defesa dos direitos de personalidade? A teoria externa e a teoria da *facti speci* alargada respondem: depende dos direitos em colisão e do respectivo peso nas condições concretas.

9. O argumento da força legitimadora

Este argumento tem algumas afinidades com os últimos argumentos acabados de discutir, mas acentua, sobretudo, a debilidade de um direito com largo espectro de irradiação, posteriormente reduzido a um círculo acentuado de domínio subjectivo. Que força legitimadora tem um direito sobre o qual, desde o início, paira a ameaça de redução a zero? A teoria interna e a teoria externa do *Tatbestand* restrito apresentam aqui uma clara vantagem legitimante – a afirmação da existência de um direito é para valer, já que não se concebem dúvidas sobre a consistência de um direito depois de afinados (determinados) os limites imanentes e de recortados com rigor as suas *facti speci*.

O argumento prova de mais e prova de menos. Prova de menos, ao afirmar que um direito eventualmente sujeito a restrições e intervenções restritivas mais ou menos significativas perde por completo a sua força legitimadora. Prova de mais, pois sugere que a exclusão do âmbito do direito de determinados comportamentos, actos ou situações, impede casos de conflitos e torna supérfluas tarefas de ponderação. Veja-se o "Caso-Base" da caricatura. A expulsão do âmbito do direito à caricatura de dimensões pornográficas individualmente identificáveis evitará a árdua tarefa de concordância, ponderação e teste de proporcionalidade? Quer localizemos o problema em sede de metódica constitucional quer utilizemos a metodologia corrente no âmbito juscivilístico, cremos que as respostas serão razoavelmente idênticas.

10. O argumento de inflação de pretensões subjectivas

Em curtas palavras, insiste-se no mote anterior:

"Insistir nos direitos e ocultar os limites originais escaladas crescentes de pretensões"

A nosso ver, o argumento tem mais a ver com a questão do alargamento dos pressupostos (*Tatbestand*) do que com a teoria externa. Esta, na sua tese inicial, afirma tão somente que, primeiro, nascem os direitos, e que, depois, se introduzem restrições. Não afirma que os direitos são, na realidade, ilimitados, desprezando os direitos dos outros ou as vinculações comunitárias. Acresce que a objecção da "inflação de direitos" se dirige igualmente contra a "multiplicação" artificial de direitos que, em si, nada

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL

tem a ver com a teoria externa. Defender como direito pessoal (de autonomia, de personalidade, de liberdade) o "direito ao não uso do cinto de segurança" nada tem a ver com a teoria externa. Invocar o "direito ao lugar na Universidade" contra a existência de prescrições e em nome do livre desenvolvimento da personalidade não toca na essência da dogmática de restrições de que estamos a falar. Deve, porém, reconhecer-se que a conexão frequentemente estabelecida entre "teoria externa" e "teoria alargada dos pressupostos de facto" permite mais facilmente a fuga para "ações constitucionais de defesa do direito" do que uma teoria interna articulada com uma teoria restritiva dos pressupostos de facto

11. O argumento da força vinculativa

Toca-se num argumento em que as dogmáticas do direito constitucional e do direito civil parecem afastar-se. Reduzido ao seu núcleo discursivo, o argumento é o seguinte: a teoria externa é obrigada, hoje, a recorrer à concepção principal dos direitos, sob pena de muitas das críticas que lhe são dirigidas continuarem a ter pertinência e a minar a sua operacionalidade prática.

Como já foi averiguado, a teoria principalista dos direitos – os direitos como princípios – permite distinguir entre *direitos prima facie* e *direitos definitivos* e relativizar a aparente rigidez dos "direitos originários" sem limites. O preço a pagar pode ser elevado. Se, por um lado, os direitos como princípios alicerçam uma metódica de concretização aberta à ponderação e balanceamento segundo o peso específico dos direitos nas circunstâncias concretas, isto é feito à custa da relativização da força vinculativa dos próprios direitos. A doutrina civilista desenvolvida em torno dos direitos de personalidade parece não desconhecer o problema de colisões e a necessidade de ponderação, mas não cede à tentação de abandonar a qualificação como regras das normas do Código Civil, positadoras destes direitos, a favor de uma estrutura principalista, eventualmente mais flexível mas também menos "forte" em termos vinculatividade jurídica. Além disso, a acentuação principalista dos direitos desloca para os tribunais a garantia do direito que deveria ser obtida logo nível da mediação concretizadora do legislador democrático.

Creemos que não é procedente uma radicalização de princípios e regras. Se voltarmos ao "caso-teste" das caricaturas facilmente verificaremos que não é pelo facto de considerarmos o direito à imagem e ao bom nome como *direitos-princípios constitucionais* ou como *direitos-regras civilísticos* que as soluções serão substancialmente diferentes. Num caso e noutro avulta a intencionalidade material destes direitos carecidos de uma incontornável tarefa de ponderação. Com esta diferença: enquanto a

teoria dos direitos como princípios ergue a ponderação a esquema metódico básico, pois os princípios "pesam-se" sem recorrer à lógica do "tudo ou nada", "de ou um ou outro", de "direito superior-direito inferior", as regras reclamam em toda a sua radicalidade aplicação ou não aplicação. Mas, o que vale a dogmática civilística insistir na ideia fixa de regras quando os direitos de personalidade são "pesados" e "ponderados" no uso de conflito com outros direitos? A maior *racionalidade* da metódica aplicativa das regras, que, por vezes, também é invocada, não conduz como se vê, a soluções muito diferentes, podendo talvez invocar que o recorte mais fino dos pressupostos de facto e de direito tornará a fundamentação de restrições e os resultados obtidos mais previsível embora não necessariamente mais justa.

Conclusão

O bosquejo que acabámos de fazer permite-nos chegar a uma conclusão que se adivinhava desde o início. As dogmáticas das restrições de direitos desenvolvidas a nível do direito constitucional e a nível de direito cível não podiam chegar a soluções materiais muito diferentes nos quadros da mesma ordem jurídica livremente constituída e no quadro da mesma ordem axiológico-jurídica. Se alguma diferença hoje existe, talvez seja a de que a teoria externa e do *Tatbestand* alargado permitem adaptar-se melhor os desafios da *inclusividade* e da *multiculturalidade* com que hoje se defronta a justiça constitucional de que as teorias interna e teoria do *Tatbestand* restrito, *sedimentadas em sociedades civis tendencialmente mais homogêneas*. Não há muito tempo, o ilustre juspublicista alemão Peter Häberle falava do "nosso Islão Europeu". Como se passarão as coisas na ordem jurídica civil?