

# **PATERNALISMO JURÍDICO JUSTIFICADO FRENTE A HIPERTROFIA DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

## **PATERNALISMO JURÍDICO JUSTIFICADO CARA A LA HIPERTROFIA DE LA TEORÍA DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

**Gláucia Vieira Félix<sup>1</sup>**  
**Valesca Camargos Silva<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

Relevante é a discussão sobre a intervenção do Estado no cenário das relações jurídico-privadas. A interferência estatal no exercício das liberdades individuais, limitando de forma efusiva e veemente a autonomia privada, possibilita o seguinte questionamento: estaria o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, extrapolando o limite aceitável da intervenção, apoiando-se, de forma rasa e muitas vezes equivocada, na teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais? Não se quer, neste estudo, fazer uma crítica pura e simples ao Estado paternalista, mesmo porque admite-se que os próprios direitos individuais só prevalecem em determinadas circunstâncias se o Estado se impuser sobre as relações privadas. Discute-se, então, até que medida é possível a coexistência do paternalismo jurídico e da postura benevolente do poder judiciário com o respeito e observância dos direitos fundamentais frente à autonomia da vontade necessária a toda e qualquer relação jurídico-privada.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITOS FUNDAMENTAIS – EFICÁCIA HORIZONTAL  
AUTONOMIA PRIVADA – PATERNALISMO JURÍDICO

### **RESÚMEN**

Relevante es la discusión acerca de la intervención del Estado en el ámbito de las relaciones de derecho privado. La injerencia del Estado en el ejercicio de las libertades individuales,

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Empresarial pelas Faculdades Milton Campos. Especialista em Direito Tributário pela PUC Minas. Professora de Direito no Mega Curso Preparatório para Concursos.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Empresarial pelas Faculdades Milton Campos. Professora de Direito Empresarial na Faculdade Pitágoras de Betim. Sócia-advogada no escritório de advocacia “Janir Moreira e Advogados Associados”.

limitando efusivamente la autonomía privada, nos lleva a la siguiente pregunta: ¿podría el Estado, a través del poder judicial, más allá del límite de la intervención aceptable, inclinándose tan superficial y muchas veces equivocada, la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales? No es la intención, en este artículo, una crítica pura y simple del Estado paternalista, aunque se acepte que los propios derechos individuales prevalezcan en ciertas circunstancias, si el Estado se impone a las relaciones eminentemente privadas. Se argumenta, entonces, ¿en qué medida es posible la coexistencia de paternalismo jurídico y la actitud benevolente del poder judicial con el respeto y la observancia de los derechos fundamentales contra la autonomía de la voluntad necesaria para cualquier jurídicas y privadas?

**PALABRAS CLAVE: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES – VIGENCIA HORIZONTAL – AUTONOMÍA PRIVADA – PATERNALISMO JURÍDICO**

## **1 INTRODUÇÃO**

O alcance dos Direitos Fundamentais, consoante a teoria liberal clássica, limitava-se à regência das relações existentes entre Estado e particular, não admitindo sua projeção sobre as relações jurídico-privadas.

Para o Liberalismo clássico, a figura de um estado interventor sobre relações em que prevalecia a vontade e autonomia eletiva do indivíduo, parecia ser inaceitável, ou até mesmo, inadmissível. A mão invisível do Estado era a forma de se garantir que o organismo público se limitasse a ser um ente garantidor do exercício dos direitos fundamentais, e não um ente interventor. Baseado neste conceito, oriundo de lutas e conquistas históricas, é que só se percebia direitos fundamentais em relações público-privadas.

Hoje, diante da multiplicidade de relações jurídico-privadas em que há latente opressão e violência contra a pessoa, é indiscutível que os direitos fundamentais também incidam sobre tais relações. As relações mercadológicas, consumeristas, empresariais, são exemplos capazes de elucidar esse imperativo incontornável.

Apesar da aceitação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é preciso resguardar o poder de autodeterminação que é inerente à existência do indivíduo como tal. Permitir que o Estado intervenha nas relações jurídico-privadas, simplesmente pela prerrogativa da incidência dos direitos fundamentais, seria uma conduta autoritária,

restringindo demasiadamente a liberdade que cada ser humano tem de fazer escolhas, agir conforme a eleição feita e suportar as conseqüências do seu ato.

A realização de direitos fundamentais em todos os setores sociais revela-se verdadeira utopia e dá à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais uma aplicação diversa daquela à que verdadeiramente se propôs. Essa hipertrofia da eficácia horizontal acarreta muito mais uma atuação completamente restritiva e limitadora por parte do Estado, do que uma conduta garantidora e verdadeiramente protecionista em relações em que o indivíduo se vê impedido do exercício de seus direitos.

Não se discute aqui a necessidade da presença do Estado e da sua atuação positiva no sentido de proteger o indivíduo. O que se pretende discutir neste estudo é a necessidade de se delinear o limite da atuação do Estado nas relações jurídico-privadas, a fim de que se tenha a ingerência de um paternalismo justificado e não, um paternalismo exacerbado, como se tem visto, limitador da autonomia privada.

## **2 TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A eficácia de direitos fundamentais há muito é objeto de discussão e análise dos estudiosos da Filosofia do Direito. Há em torno dos direitos fundamentais uma preocupação - tanto por parte do Estado quanto dos próprios entes sociais – em se garantir a máxima efetividade desses direitos através de condutas positivas e negativas de responsabilidade do Ente Público.

Nas relações entre o particular e o Estado inegável é a existência, proteção e, principalmente, o resguardo ao exercício pleno dos direitos fundamentais. Ou seja, a efetividade – característica que lhes é inerente – deve ser alçada à aplicação máxima e imediata. Entretanto, tal entendimento, não se aplica sem ressalvas às relações horizontais, quais sejam, as existentes entre os próprios particulares.

Neste diapasão, é necessário, *ab initio*, definir o que sejam os Direitos Fundamentais. Na concepção de CANOTILHO (2002):

os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercando-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. (...) direitos do

particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa.

A definição acima exposta demonstra com clareza que, quanto à eficácia dos direitos fundamentais frente à figura do Estado, não há o que se debater, uma vez que o Estado visto como Leviatã<sup>3</sup>, não mais tem razão de ser. Sua figura é então vista como o ente garantidor do exercício pleno dos direitos individuais, limitado pelo império da Lei.

O que não se afere com tamanha clareza é, justamente, a aplicação efetiva desses direitos nas relações jurídico-privadas, mesmo sendo direitos essenciais à natureza, existência e desenvolvimento da personalidade física, moral e intelectual do homem. Por serem tão significativos para o indivíduo, independente do tipo jurídico da relação em que está inserido, é que os estudiosos do direito desenvolveram uma teoria de eficácia direta e imediata, também denominada Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.

As discussões doutrinárias a esse respeito, apesar de serem bastante hodiernas, tiveram início no século passado, mais especificamente, na Alemanha do fim dos anos 50.

O Estado Alemão se tornou referência nos debates sobre uma aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais com o denominado “*Caso Luth*”, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1958. O caso foi levado à Corte Alemã, em sede de recurso, porque Erich Luth, crítico de cinema alemão, fora condenado nas instâncias ordinárias por ter conclamado à população ao boicote de um filme de cunho nazista, dirigido por Veit Harlam, conhecido diretor de cinema deste período. A decisão das instâncias ordinárias se deu com base no Código Civil Alemão, considerando que o boicote atentava contra a ordem pública.

Na Corte, o pedido foi julgado procedente e a decisão foi reformada, por entender o Tribunal que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a norma que privilegiava a proteção à ordem pública.

Tem-se então, a primeira decisão a aplicar os direitos fundamentais também em relações privadas, dando início ao que seria denominado eficácia horizontal (*drittwirkung*).

Para BARROSO (2009, p.370-371), a constitucionalização do direito consiste no “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa por todo o sistema jurídico”. O autor em comentário ainda

---

<sup>3</sup> Hobbes defende um contrato social e o governo de um soberano absoluto. Hobbes escreveu que o estado de natureza (estado de guerra) só poderia ser evitado por um governo central forte.

preceitua que “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”.

Na tradução de AFONSO DA SILVA, o pretório germânico pronunciou-se nos seguintes termos:

A Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um (...) fortalecimento da validade (...) dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos. (AFONSO DA SILVA, 2005, p.42)

No entanto, várias são as abordagens a respeito da eficácia dos direitos fundamentais e do seu âmbito de aplicação, sendo ela mediata ou imediata, ou até mesmo sendo completamente rechaçada, como no caso da teoria vertical, a qual será objeto de análise, ainda que de forma sucinta.

## **2.1 Eficácia vertical dos Direitos Fundamentais**

Os partidários e defensores do Liberalismo, bem como a Suprema Corte Americana, reconhecem apenas a eficácia vertical dos direitos fundamentais, ou seja, tais direitos só serão exigíveis nas relações entre o Estado e o particular. Admitir a ingerência de direitos fundamentais em relações particulares, seria, ainda que de forma indireta, aceitar a intervenção do Estado, mesmo que ela se desse apenas quando fosse chamado a solucionar os conflitos decorrentes da violação dos direitos fundamentais pelo próprio particular. Estar-se-ia retornando à figura daquele Estado intervencionista e supressor da liberdade individual, que invade por sua vontade a esfera da autonomia privada.

Trata-se de uma teoria que nega, em regra, a extensão dos direitos fundamentais às relações jurídico-privadas. A imposição de limitações sujeita apenas o Estado nas suas relações com o particular, e não os particulares frente a outros particulares. Esta teoria também ficou conhecida como *State Action*, que tem por fundamento impedir que o

Poder Judiciário, mesmo aplicando as normas constitucionais, intervenha na disciplina das relações particulares.

Apesar de defenderem uma teoria negativa dos direitos fundamentais, como é o *State Action*, a Suprema Corte Americana, entendeu, sem abandonar os preceitos verticais, que se os particulares agissem no exercício de atividades tipicamente públicas, também ficariam sujeitos às limitações constitucionais no tocante a direitos fundamentais.

O caso *Shelley v. Kraemer* constitui um relevante precedente nesta linha. O ajuizamento da ação se deu pela violação de uma convenção privada que vinculava os proprietários de vários imóveis de uma região, proibindo-os de aliená-los a pessoas integrantes de minorais raciais. A referida violação ao instrumento particular se deu quando o dono de um dos imóveis resolveu vendê-lo a um negro. A lide chegou à Suprema Corte, que rejeitou a ação, reconhecendo o *state action*, ao concluir que se o Poder Judiciário conhecesse da demanda estaria respaldando uma discriminação contrária aos preceitos fundamentais.

Feita esta breve análise, é possível concluir que a teoria vertical dos direitos fundamentais trata tais direitos de forma bastante rasa, a partir do momento que ignora os perigos e ameaças que provêm de pessoas e organizações privadas. Diz-se até mesmo que tal teoria, extremamente negativista, preconiza um individualismo radical.

## **2.2 Eficácia horizontal indireta ou mediata dos Direitos Fundamentais**

Há ainda os que defendem a eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais. Estes, ao contrário dos liberalistas, não repudiam completamente a existência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Esta teoria foi originalmente defendida por GÜNTER DURIG, em 1956, dispondo que a

proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público. (GÜNTER DURIG, 2012, p.92)

O autor ainda defende que a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas estaria condicionada à legislação infraconstitucional, cabendo somente a ela a tarefa

de adequar fatos reguladores da vida privada aos ditames constitucionais definidores de direitos.

O receio dos defensores da teoria mediata é que uma aplicação direta acabasse por exterminar a autonomia privada, convertendo o Direito Privado numa mera concretização do Direito Constitucional (SARMENTO *apud* INGO VON MUNCH, 2011). Permitindo tamanha ingerência do Estado e deixando à mercê do Poder Judiciário a admissibilidade da necessidade de se garantir os direitos fundamentais, a liberdade individual ficaria comprometida, pois o indivíduo se veria suprimido do direito que tem de fazer escolhas livres e suportar as conseqüências dessas escolhas, ainda que não sejam essencialmente benéficas.

SARMENTO, ao traduzir a teoria mediata em sua obra descreve:

Ao Judiciário caberia o papel de preencher as cláusulas indeterminadas, criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos – tarefa confiada com exclusividade às Cortes Constitucionais nos países onde o controle de constitucionalidade é concentrado. Apenas em hipóteses excepcionálissimas os defensores da teoria da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais admitem sua aplicação direta pelo Judiciário em litígios privados. (SARMENTO, 2011, p.68)

A diferença sensível entre a teoria vertical e a teoria mediata, está no fato de que esta última aceita e compreende que os direitos fundamentais permeiam todo o ordenamento jurídico, sendo necessária sua presença até mesmo na regência das normas de Direito Privado.

No Brasil, entretanto, poucos são os defensores desta corrente germânica, como é o caso de DIMITRI DIOULIS e LEONARDO MARTINS (2007). A doutrina majoritária defende que os direitos fundamentais devem ser plenamente aplicados às relações particulares, sem que isso seja um obstáculo à autonomia privada.

### **2.3 Eficácia horizontal direta ou imediata dos Direitos Fundamentais**

Preconiza esta corrente que os direitos fundamentais são plenamente aplicáveis e extensíveis às relações entre os particulares. Para seus defensores, assim como o Estado é responsável e obrigado a cumprir os ditames fundamentais, os particulares também o são.

Os particulares não estão sujeitos à exposição, ao risco e violação dos seus direitos apenas nas relações em que estão frente ao Estado, conforme já destacado neste

trabalho. Os próprios particulares, podem ser considerados, por exemplo, mais “fortes” economicamente, submetendo então os mais “fracos” a situações de opressão e supressão de direitos em uma relação eminentemente privada.

Sendo assim, a fim de protegê-los dos abusos que podem ser cometidos em relações dessa natureza, é que se defende a aplicação definitiva e imediata dos direitos fundamentais.

Contudo, importa salientar que os adeptos dessa corrente entendem que deve haver um sopesamento entre a eficácia horizontal e autonomia privada, para que esta última não seja suprimida, em cada caso concreto. O que não se alcança através desta teoria é, justamente, uma supremacia da autonomia privada, ou seja, se mesmo que aquela seja a escolha do indivíduo, se ela lhe causar danos, o Estado deve agir a fim de assegurar e resguardar o exercício de direitos fundamentais que são por natureza indisponíveis. Apesar de reconhecerem a importância da Legislação e de se estar sob o império da Lei, defendem que o Poder Judiciário tem direito a dar resposta mais justa, afastando a disposição legal, quando o ato praticado pelo particular e regulamentado pela lei for incompatível com o texto constitucional.

Neste jaez, traz-se à baila a decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 201.819, pela 2ª Turma da Corte, ocorrido em 2005, relatado pela Ministra Ellen Gracie, onde aplicou a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais,

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos

particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal, tem adotado essa postura de forma sistemática, corroborando o posicionamento doutrinário majoritário no Brasil – SARLET (2010), BARROSO (2009), e outros - que defende a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Baseado nesta teoria é que tem se sentido, de forma latente, um paternalismo jurídico cada vez maior, mais efetivo e presente nas atuações de grande parte dos Estados.

### **3 PATERNALISMO JURÍDICO**

A proposta deste estudo não é debater o reconhecimento ou não da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois é inegável sua extensão ao âmbito privado. O dilema está na hipertrofia desta eficácia direta e imediata que respalda um paternalismo jurídico exacerbado.

Pauta-se esta análise, primeiramente, no que seja o paternalismo; para aí então, dedicar-se à atuação muitas vezes ilimitada de um Estado Paternal respaldado por esta hipertrofia já destacada; e, por fim, a solução que pode ser dada por um paternalismo justificado, que protege o indivíduo sem suprimir-lhe a autonomia.

Segundo Ronald Dworkin, entende-se Paternalismo, em sentido amplo, como sendo “a interferência na liberdade de ação de uma pessoa, justificada essa ingerência por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, à felicidade, às necessidades, interesses ou valores da pessoa” (DWORKIN, 1986, p.230).

GARZÓN VALDÉS (1988, p.155), por sua vez, define o paternalismo como sendo “*La intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma*”.

Por este conceito, é possível distinguir dois elementos básicos, quais sejam, a forma e a finalidade (GARZÓN VALDÉS, 1988):

*1) La forma de la acción paternalista: el establecimiento de una prohibición u obligación jurídica. 2) La finalidad: evitar daños físicos, psíquicos y/o económicos al destinatario mismo de la prohibición u obligación. (p. xx)*

Neste diapasão, aproveita ainda a definição de AVILÉS (2006), como sendo a

intromissão por parte do Estado na vida das pessoas através de certas políticas públicas ou de normas jurídicas que, em sua versão negativa, proíbem a realização de uma série de comportamentos, obstaculizam certas ações, desestimulam determinadas opções ou desaconselham algumas escolhas que diretamente não causam dano a terceiras pessoas, mas que podem provocar danos ou não beneficiar as pessoas que os realizam. (AVILÉS, 2006, p.250)

A partir das definições acima destacadas, afere-se que o paternalismo jurídico comporta a intervenção do Estado sobre o comportamento individual através de normas jurídicas e do desenvolvimento de políticas públicas que aconselham, orientam e obstaculizam determinadas atitudes dentro da sociedade. Esses comportamentos que o Estado quer desestimular não supõem apenas o dano direto a uma terceira pessoa ou à sociedade em si, mas principalmente, o dano que o indivíduo pode provocar a si mesmo quando o Estado não interfere de modo a resguardar seus direitos, cabendo à lei, como instrumento de coação do Estado, impedir que a pessoa, no exercício de suas liberdades, lesione ou ameace de lesão o seu direito, respaldada sempre por um viés beneficente.

Sendo o Estado um organismo garantidor, até certo ponto, é inevitável e inegável a existência e consecução efetiva do paternalismo mesmo no Estado de Direito. Os Direitos Fundamentais, estejam presentes em relação verticais ou horizontais, pressupõem essa atuação do Estado a fim de garantir-lhes a máxima eficácia.

A abstenção do Estado nas relações humanas não proporcionou, como pensavam os liberais, a diminuição da desigualdade nas relações humanas. Isto porque, percebeu-se que opressão das liberdades não advinha somente do Estado, mas também dos próprios homens nas suas relações privadas. A fim de minorar essa opressão horizontal, a plausibilidade de medidas paternalistas tornava-se cada vez mais aceita, e até mesmo ansiada, pelos particulares.

Ocorre que, apesar da aceitação social pela ingerência do Estado, inclusive em relações particulares, uma concreta medida paternalista depende dos princípios e valores de cada indivíduo. Ou seja, não é racional se pautar sempre pela presunção, demasiadamente genérica, de que todo dano provocado ao particular corrobora a intervenção do Estado Paternal; no caso concreto devem ser considerados os propósitos individuais, pois cada pessoa tem direito de eleger e perseguir seus planos sem maiores interferências.

O problema não está no Paternalismo em si. Reconhecida é a sua grande valia como meio de proteger o indivíduo dos outros e até de si mesmo. O problema está em traçar a linha entre o paternalismo justificado e o paternalismo injustificado.

#### **4 PATERNALISMO JURÍDICO JUSTIFICADO**

O respeito à liberdade e autonomia dos indivíduos pressupõe, não só o reconhecimento do direito ao livre arbítrio, à escolha livre entre as mais diversas alternativas que lhes são oferecidas, mas também à possibilidade que cada homem tem de não eleger aquela que pareça ser a melhor alternativa e viver de forma distinta dos demais.

Não há uma regra a ser seguida quanto ao comportamento humano, que é, por natureza, mutável. O indivíduo que, conscientemente e no exercício pleno de suas capacidades, faz uma escolha que, aos olhos dos demais e do Estado, seja equivocada, deve assumir e suportar as conseqüências desta escolha. Ademais, importa ressaltar, que aquilo que parece prejudicial para os entes sociais e para o ente público, pode não o ser para aquele que fez a escolha. É o caso, por exemplo, de um indivíduo que decide viver de forma selvagem, expondo a risco sua vida e sua integridade física a todo o momento. Aos olhos do homem médio, que preserva sempre sua integridade, a escolha daquele pode parecer a mais equivocada e perigosa. Entretanto, o Estado não tem o direito de impor um modo de vida àquele, quanto menos intervir nas suas escolhas, alegando violação ao direito à vida.

O que se deve avaliar nesta proposição é que, sendo o indivíduo capaz, o fato de expor a sua vida a risco ou, diretamente, cooperar para a violação de um direito seu, não dá ao Estado o poder para intervir, pois sua intervenção suprimiria, neste caso, a autonomia da vontade. Admite-se então, que é plenamente possível e válido que o indivíduo, em suas decisões, termine por equivocarse e causar danos a si mesmo, aprendendo e amadurecendo com o erro aparente.

Diante de todo o exposto, é possível dizer que a adoção de medidas paternalistas justificadas depende da existência de uma pessoa que possa ser qualificada como incompetente básico (GARZÓN VALDÉS, 1988). Fato determinante para que não se imponha à autonomia privada tantas limitações que a façam desaparecer.

Não obstante, é preciso delimitar o que faz uma pessoa ser considerada um incompetente básico, sem que tal qualificação dê ao Estado um poder intervencionista extremo. A linha entre a incompetência básica e a irracionalidade é muito tênue, pois nem todo aquele que faz escolhas irracionais pode ser considerado incapaz para justificar a adoção de medidas paternalistas. Mesmo sendo irracional, há em seu ato um manifesto da sua vontade, tornando o agir paternal do Estado uma violação direta e até mesmo irremediável da autonomia privada.

A intromissão do Estado não se justifica quando o indivíduo, sem sofrer qualquer tipo de coação e tendo toda a informação necessária sobre o ato que deseja praticar, ainda assim assume os riscos inerentes à sua escolha aparentemente irracional. Cada pessoa tem uma escala de valores a respeito daquilo que considera como um bem primário. No exemplo acima citado, para o homem que escolher viver uma vida selvagem e arriscada, vale mais a liberdade do que a integridade física, o que não faz dele um incapaz.

GARZÓN VALDÉS defende em sua obra que o incompetente básico é

*aquella persona que no evalúa suficientemente los riesgos de la actividad en la que está inmersa, o que es incapaz de salva-guardar aquellos bienes que considera valiosos, o que no es capaz de saber qué es lo que más le conviene atendiendo a sus propios intereses. Esto es, no es capaz de enfrentarse racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a ciertos desafíos o problemas que va a encontrarse en algún momento a lo largo de su vida (...). El incompetente básico «tiene un déficit con respecto a la generalidad de sus congéneres y en este sentido puede decirse que se encuentra en una situación de desigualdad negativa. (GARZÓN VALDÉS, 1988, p.165)*

Não se olvida neste estudo que todos os cidadãos são potenciais destinatários da proteção paternal do Estado. Diz-se até que existem aqueles que são destinatários naturais

desta proteção, como é o caso das crianças, dos idosos e dos portadores de deficiência. A atuação efetiva do Estado, é plenamente justificável, ainda que o indivíduo não seja um incompetente básico, quando se trata de direitos fundamentais positivos, onde se tem uma provisão de direitos essenciais, como saúde, educação, trabalho, segurança, entre outros.

A incapacidade do indivíduo, fator relevante à noção de paternalismo justificado, será oposta quando, diante de direitos fundamentais negativos, o Estado intervenha nas relações privadas para garantir a efetividade do exercício das liberdades individuais, uma vez que esses direitos de cunho negativo – liberdade de expressão, religião, profissional, entre outros – requerem apenas uma abstenção por parte do ente público, garantido um ambiente favorável ao desenvolvimento de suas liberdades.

Sendo assim, entende-se que é abusiva a atuação estatal que visa limitar a autonomia da vontade, ainda que em parte ou sob o pretexto de proteção, tratando direitos fundamentais de cunho negativo como se de cunho positivo fossem. Se o ente público se encontra diante de um particular competente, capaz e que está totalmente informado dos riscos e conseqüências que sua escolha pode trazer, é certo que se trataria de uma intervenção estatal e não de uma proteção.

A incompetência básica abrange inúmeras situações. Porém, neste estudo, ater-se-á apenas a um de seus prismas, qual seja, a falta de informação. Nas relações puramente privadas, em que estão em voga direitos fundamentais negativos, se o indivíduo recebe toda a informação necessária à avaliação dos riscos e ainda assim não modifica sua intenção originária, não se pode afirmar que ele está submetido a pressões externas ou que seu comportamento é irracional.

Em uma situação assim, é aceitável a atuação do Estado no sentido de possibilitar a cada indivíduo o acesso eficaz a todo o tipo de informação necessária a basilar suas escolhas. Vide as relações de consumo. Nelas, as pessoas o tempo todo são levadas a analisar as conseqüências de suas escolhas. Por esta razão, o Estado exige que os fornecedores informem os consumidores, de forma clara e precisa, de todos os benefícios e malefícios que envolvem aquela relação.

A proteção que o ente público deve dispensar ao particular, demonstrando um paternalismo justificado, foi efetivada a partir do momento em que, através do instrumento legal, exigiu daquele que é mais “forte” – o fornecedor, que ele concedesse o pleno acesso à informação, inclusive submetendo-o às penas da Lei em caso de descumprimento. Se, munido de toda a informação necessária, ainda assim, o particular quiser contratar, por exemplo, um

serviço que lhe seja prejudicial, que o coloque em uma situação desprivilegiada em relação ao fornecedor, qualquer atuação do Estado para tentar impedi-lo seria de todo abusiva.

Apreende-se de todo o exposto, que o paternalismo se justifica quando a incompetência básica deriva do fato de que o indivíduo não conhece bem a atividade ou situação em que está prestes a se envolver e que a sua atuação se vê condicionada por essa carência de informação, não podendo mensurar efetivamente os riscos que se podem apresentar. Neste caso sim há um dano real à autonomia da vontade e ao exercício pleno das liberdades individuais, o que acaba por retirar toda a presunção de competência e capacidade que permeia as relações jurídico-privadas.

## **5 HIPERTROFIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS *VERSUS* PATERNALISMO JURÍDICO JUSTIFICADO**

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário trazido à baila neste estudo, ao reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas, o fez de forma justificada, pois ali sim havia supressão de direito ao devido processo legal, até mesmo por se tratar de órgão com funções eminentemente públicas. Se o particular não se filiasse ao instituto recorrido não teria qualquer possibilidade de exercer, de forma plena e eficaz, a liberdade de exercício profissional..

Inferre-se tal entendimento das palavras do Ministro Gilmar Mendes, *in verbis*:

considerando que a União Brasileira de Compositores (UBC) integra a estrutura do ECAD, é incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, ela assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado. Em outras palavras, trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não-estatal. Essa realidade deve ser enfatizada principalmente porque, para os casos em que o único meio de subsistência dos associados seja a percepção dos valores pecuniários relativos aos direitos autorais que derivem de suas composições, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhes restringir a própria liberdade do exercício profissional (...). Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.(RE 201.819/2005, p.609)

Neste caso, o paternalismo jurídico é justificado, até mesmo diante da informação, pois o músico não pode avaliar as conseqüências da associação, pois não lhe foi

dada escolha, ou se associava ou não poderia gozar dos direitos autorais, o que possibilitou ao União Brasileira de Compositores (UBC), uma postura ofensiva ao direito fundamental do devido processo legal.

Quando defende-se que o indivíduo não pode ser tratado como incompetente básico por possuir toda a informação necessária a sua escolha, justamente, trata-se do momento em que é dado o direito de escolher. O ter informação, mas não possuir alternativas, torna o particular incapaz de se ver livre das violações aos direitos fundamentais em relações privadas. Se lhe é dada essa possibilidade, deve o particular assumir as consequências dos seus atos e ser, então, afastada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

É o que demonstra a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 407.688, de 2006, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, onde assentou, por maioria, a constitucionalidade da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação, destacando não haver violação ao direito social básico à moradia previsto no art.6º da Constituição.

EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de Procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de ser imóvel residencial. Bem de Família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, com redação da Lei 8.245, de 15 de outubro de 1991. Recurso Extraordinário desprovido.

Considerando que os direitos fundamentais não têm natureza absoluta, podendo ceder diante de outros direitos, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou a prevalência, na hipótese, da autonomia privada:

A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria". Este argumento também pesou no voto do Ministro Gilmar Mendes, que destacou a relevância da proteção da autonomia privada no contexto constitucional, como emanção da própria idéia de personalidade (RE 407.688/2006, p.899/890).

O próprio Pretório Excelso, que havia reconhecido de forma acertada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, neste caso a afastou a fim de garantir o exercício da autonomia da vontade. Se o fiador, ciente dos riscos que corria ao assumir a responsabilidade

solidária pelos débitos da locação, ainda assim manifestou sua vontade em afiançar o locatário, não se justifica qualquer atuação paternal do Estado no sentido de proteger-lhe o bem de família. Há clara disposição legal no sentido de que a impenhorabilidade seria afastada no caso de débitos decorrentes da fiança.

O caso acima citado revela segundo os dizeres de SARMENTO (2011), autor que defende a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais que

a hipertrofia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode, em nome da utopia da realização destes direitos em todos os espaços sociais, converter-se numa verdadeira distopia, ao restringir em excesso a autonomia privada, ainda que com propósitos “politicamente corretos”. Teríamos aqui o paradoxo de um “fundamentalismo de direitos fundamentais”. (SARMENTO, 2011, p.62)

O autor em comento defende ainda o sopesamento entre eficácia horizontal dos direitos fundamentais e autonomia privada, baseando-se na dicotomia igualdade/desigualdade entre as partes:

quanto maior for a desigualdade (fática entre os envolvidos), mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito. (SARMENTO, 2006)

Entretanto, para garantir um paternalismo justificado, até mesmo diante da desigualdade fática, é necessário analisar o caso concreto, pois a desigualdade pode ser latente e não conceder ao indivíduo “hipossuficiente” a condição de incompetente básico. Virgílio Afonso da Silva defende tal posicionamento:

aqueles que participam dos chamados reality shows, tão em voga nas emissoras de televisão no Brasil e no mundo, o fazem com base no exercício de sua autonomia da vontade. Esse exercício acarreta, sem dúvida, restrições a direitos fundamentais, especialmente ao de privacidade. A desigualdade material entre, por exemplo, a Rede Globo, uma das maiores empresas de comunicação do mundo, e os participantes de seu reality show é inegável. Isso não significa, contudo, que haja uma necessidade de intervir nessa relação para proteger direitos fundamentais restringidos. (AFONSO DA SILVA, 2005, P.176)

A dificuldade que se encontra, então, está justamente em reconhecer a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação. Isso

acarreta a hipertrofia da eficácia horizontal dando ao Estado uma liberdade de ação tão ampla, ao ponto de ultrapassar o paternal e se tornar autoritária.

Quando o Estado se posiciona como “pai”, deveria assumir a postura de um pai comum. Enquanto o filho é criança, e por isso totalmente incapaz de julgar as implicações de suas escolhas, o pai tem o dever e, não só, o direito de intervir e escolher por ele. Compara-se, portanto, ao incompetente básico. Porém, quando o filho atinge a idade adulta e se torna capaz de avaliar o risco de suas decisões, não cabe ao pai atuar para limitar a escolha do filho, apenas sob a justificativa de protegê-lo de provocar um mal a si mesmo. O pai pode até aconselhar o filho, proporcionar-lhe toda a informação necessária, sem contudo, escolher por ele e fazer desaparecer toda a sua autonomia privada.

Corroborando tal pensamento, o reconhecimento dos direitos fundamentais nas relações privadas não deve assegurar permanente privilégio das situações fáticas advindas da aplicação desses nos casos concretos, quando há real colisão entre tais direitos e a autonomia privada. Há que sempre se analisar o caso concreto e vislumbrar uma necessidade real da atuação paternalista, partindo de um verdadeiro exercício de razoabilidade e só a partir de então extrair-se a prevalência, vezes da autonomia privada, vezes dos direitos fundamentais.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A convivência entre direitos fundamentais e autonomia privada nas relações particulares, não obstante ter caráter conflitante e de difícil solução, representa significativo avanço na teoria da eficácia dos direitos fundamentais, pois pressupõe a sua incidência não somente nas relações do indivíduo com o Estado, mas também nas que mantém com os demais particulares, meio em que se perpetram inegáveis desrespeitos aos valores constitucionais.

O reconhecimento dessa extensão dos direitos fundamentais às relações jurídico-privadas e da conseqüente atuação do Estado como garantidor de direitos, tem como fundamento impedir que a dignidade da pessoa humana seja alijada pelos próprios homens. Contudo, não se pode olvidar a existência de uma linha deveras tênue entre a ingerência paternal do Estado e a intervenção absolutista e arbitrária, mesmo sob o manto da proteção do indivíduo contra si mesmo no exercício da autonomia privada.

A presença garantidora do Estado, como visto, é imprescindível ao pleno exercício dos direitos fundamentais de cunho positivo e negativo. O paternalismo, porém,

deve ser pautado pela razoabilidade e análise caso a caso, provando ser o indivíduo um incompetente básico.

A incompetência básica pode ser analisada sob alguns prismas, dentre os quais pontuou-se apenas a falta de informação. O Estado então, a fim de que não faça desaparecer a autonomia privada, deve zelar para que o indivíduo seja completamente informado de todos os benefícios e malefícios que seu comportamento possa lhe proporcionar.

Ao exigir que nas relações privadas os particulares tenham acesso a essas informações, a conduta paternalista se justifica plenamente. Se, no entanto, mesmo informado e ciente de todos os riscos e conseqüências, o indivíduo ainda assim adotar uma conduta que seja aparentemente danosa, não cabe ao Estado tratá-lo como incapaz e intervir de forma direta em suas relações.

Por todo o exposto, conclui-se que as relações privadas tem sido lastreadas por uma hipertrofia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Não se tem levado em conta o caso concreto, a capacidade do agente e, principalmente, a autonomia da vontade. Há que se fazer um sopesamento destes princípios de modo a chamar o Estado à responsabilidade que tem como ente garantidor – não interventor, das liberdades individuais e dos direitos essenciais à existência dos homens.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>>. Acesso em: abril de 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et. al..**Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Editora Livraria Almedina, 2002.

DIOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DÜRIG, Günter. NIPPERDEY, Hans Carl. Schwabe, Jürgen. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. Organizador/revisor: Luís Afonso Heck.

DWORKIN, Gerald. **Paternalism**. in Philosophy of Law. Joel Feinberg (coord.). Belmont: Wadsworth. 1986.

E. GARZÓN VALDÉS, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”. 1988. Disponível em: [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5\\_08.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5_08.pdf). Acesso em abril de 2013.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **O Leviatã**. 2ª ed. Editora Martins, 2008.

RAMIRO AVILÉS, Miguel Angel. **A vueltas con el paternalismo jurídico**. in Derechos y Libertades. Vol. 15. Junho de 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações entre particulares: o caso das relações de trabalho**. Disponível em: [http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28342/003\\_sarmento\\_gomes.pdf?sequence=1](http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28342/003_sarmento_gomes.pdf?sequence=1). Acesso abril de 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais e relações entre particulares.** Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 1, p.173-180, maio 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE Recurso Extraordinário nº 201.819/2005, 2ª Turma. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE Recurso Extraordinário nº 407.688/2006, 2ª Turma. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>