

AUTONOMIA PRIVADA X PATERNALISMO ESTATAL: UMA DEMONSTRAÇÃO DE (IN)COMPATIBILIDADE NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

PRIVATE AUTONOMY X PATERNALISM STATE: A DEMONSTRATION OF (IN) COMPATIBILITY IN CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

Felipe da Veiga Dias¹

Tássia Aparecida Gervasoni²

Resumo

O dinamismo social é hoje uma figura poderosa, alcançando todos os campos do conhecimento. Acompanhando a senda da adaptação encontra-se o Direito, tendo por consequência que abandonar antigos fundamentos baseados na rigidez positivista. As modificações histórico-evolutivas do Estado de Direito lhe acarretam variações culturais e sociais, seguindo uma tendência diferenciada, no caminho de garantir direitos, priorizando a condição humana (valores constitucionais). A evolução estatal compactua com o desenvolvimento do constitucionalismo, esse último demonstrando uma enorme capacidade modificativa nos diversos ramos do Direito. Especificamente no direito privado, o fenômeno trouxe alterações, dentre elas a compreensão acerca da autonomia privada, proporcionando certos questionamentos em relação aos limites de intervenção do Estado e motivando, assim, a dúvida e a necessidade de estudo acerca de certas medidas estatais, de cunho paternalista (razões morais), por não apresentarem – em alguns casos – uma justificativa jurídica aparente, de modo a contrastarem com alguns princípios constitucionais, como a dignidade humana e a autonomia privada.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Autonomia Privada; Paternalismo.

¹ Advogado. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito – PUC/RS. Integrante do Grupo de Estudos Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado, Integrante do Grupo de Estudos Direito de Autor, coordenados pelo Prof. Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis. Participante dos projetos de pesquisa “O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai” (CNPQ) e “Políticas Públicas de Educação para o Consumo” (Procon). Bolsista CAPES. E-mail: felipevdias@gmail.com.

² Advogada. Doutoranda em Direito Unisinos. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas “Jurisdição Constitucional aberta”; integrante da equipe do projeto “O ‘amicus curiae’ como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: análise comparativa entre o sistema brasileiro, alemão e norte-americano e da efetividade de suas manifestações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, ambos coordenados pela Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal e vinculados e financiados pelo CNPq. Endereço eletrônico: tassiaag@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

A modificação no panorama social brasileiro teve como marco o advento do Estado Democrático de Direito, tendo colocado em cheque alguns temas polêmicos concernentes ao âmbito jurídico, diante da dificuldade de convivência entre uma visão trazida pelo texto constitucional, protetora de direitos, visando um ideal de crescimento econômico-social e uma realidade díspar, resultante de uma linha individualista e capitalista. Tal quadro motivou uma abertura intelectual em diversas áreas do conhecimento para tentar realizar essa nova proposta, não somente de cunho legal, mas também social.

Trata-se de uma nova era para o Direito, dentro do modelo democrático, constituída de uma série de objetivos, mais precisamente nos próprios direitos ali trazidos, não mais vistos como programas orientadores, mas como fundamentos necessários a construção de uma sociedade justa. Esse fenômeno constitucionalista não se restringiu ao Brasil, pois cada país em seu período determinado viu germinar a fonte constitucional, no anseio de efetivar os desejos de seus povos.

Quanto ao caso brasileiro, especificamente, os abalos foram fortes nas estruturas de poder, já que a Carta Magna de 1988 trouxe consigo um prisma diferenciado a iluminar os caminhos do Direito, tanto na carga valorativa de seus princípios e direitos resguardados, como no lançamento de uma pedra fundamental a orientar toda a base legal do ordenamento jurídico pátrio. O texto constitucional vem para renovar os escudos erguidos contra alguns direitos, e ao mesmo tempo formar muros sob outras garantias, antes desprotegidas, tudo isso sem, contudo, referir a atividade hermenêutica na análise de velhos e novos institutos jurídicos, em contrapartida à ótica positivista do período antecedente.

Ao se referir o poder dos efeitos constitucionais faz-se forçoso registrar o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a dimensão que ele tomou, em diversos países, no período pós-segunda guerra, sendo utilizado na Constituição como um fundamento da República, orientando não apenas questões jurídicas, mas todos os Poderes.

Esse fenômeno que leva modificações ao Direito, por meio dos valores constitucionais, afeta todas as ramificações do campo jurídico, pois inexiste parcela dissociada do todo, e a raiz de onde emana o ordenamento é a Constituição. Algumas desses ramos tiveram certa parcela de resistência a tal entendimento, em especial o caso do direito privado, que tem justificativa no apego aos ideais liberalistas de Estado em que foi concebido. Porém, essa relutância não perdurou, sendo superada paulatinamente, levando por via de consequência a denominada constitucionalização do direito privado.

Conjurando todos os elementos referidos, percebe-se o que traz essa situação, ou seja, novas interpretações e compreensões acerca de conceitos e normas de direito privado, dentre elas podendo-se citar a autonomia da vontade, a qual abarca o núcleo de decisões particulares impossibilitadas a uma interferência estatal, um âmbito de livre disposição. Com a releitura constitucional, convencionou-se inclusive a troca dessa nomenclatura para autonomia privada, sendo a partir desse momento que se visualiza os primeiros focos de conflito a serem discutidos, visto que a posição paternalista, em alguns momentos excessiva por parte do Estado, contrasta com o princípio da autonomia privada.

Há uma pluralidade de embates envolvendo as concepções de autonomia e paternalismo, dentro de um espaço turvo entre o público e o privado, pela relativização da dicotomia (também resultante do fenômeno constitucionalizador), tornando a tarefa da análise um pouco mais complexa, mas nem por isso menos elucidativa. Razão essa que leva à centralização em um específico caso. Nesse estudo, o foco será direcionado às conhecidas casas de “diversão” para adultos ou casas de prostituição; no entanto, frisa-se que esse é um dos muitos exemplos que poderiam ser abordados, bem como os efeitos de um tratamento diferenciado a essa problemática poderia vir a alterar um panorama estagnado na sociedade brasileira, substituindo a falsa promessa de proteção do cidadão.

2.1 A evolução estatal e constitucional brasileira

A evolução das conformações e dos modelos de Estado apresenta marcos significativos até o atingimento do modelo atual, tornando necessário para a sua compreensão o estabelecimento de um ponto de partida bem definido para a abordagem. A fase inicial cuja análise se mostra essencial ao tema proposto corresponde ao período liberal, marcado pela dissociação entre o indivíduo e o ente público, numa clara manifestação em prol da liberdade e da independência privada. Na época, a visão negativa do Estado justificava essa aversão a sua figura, juntamente com seu afastamento (limitação ao poder político), independentemente das inovações trazidas com ele (as noções de direitos fundamentais e de democracia, por exemplo). Não se deve olvidar que o surgimento do liberalismo representava, em certa medida, o repúdio do Estado Absolutista, extremamente interventor. É nesse período, pois, que se fortalece o germe dos ideais liberais dentro do direito civil, justificando o posicionamento de alguns autores durante o processo de constitucionalização, os quais defendiam a independência funcional do sistema privado, ou seja, a não afetação do direito civil, resultante do texto constitucional (autonomia do sistema privado).

No íterim entre o liberalismo estatal apresentado e a fase seguinte, consoante com o aumento da intervenção³, ocorreram as guerras mundiais e, conforme é sabido, os resultados danosos à humanidade possibilitaram uma mudança de paradigma. Adveio, a partir de então, o Estado Social de Direito, vislumbrado como uma superação do individualismo, num pensamento humano de crescimento conjunto da sociedade, com qualidade de vida. Garantias formais de direitos tornaram-se insuficientes, fazia-se necessária a materialidade, acompanhada de um benefício social de crescimento⁴.

Entretanto, somente com o Estado Democrático de Direito, modelo atual no país, chegou-se a um modelo de força transformadora (considerável poder normativo e ideológico), para materializar os interesses sociais constitucionalizados, buscando com isso a alteração da realidade, fazendo uso do poder público nessa jornada, por uma vida digna e a plena efetividade constitucional. Especificamente no que tange o caso nacional, a construção do modelo democrático é um processo moroso e progressivo, do ponto de vista de fincar bases fortes com o constitucionalismo recente, pois o período de exceção⁵ que o antecedeu enfraqueceu partes importantes do organismo social, dentre eles o próprio respeito e importância da Constituição, tornando-se impositiva a recuperação desses elementos, especialmente pela importância da carta constituinte ao progresso da nação.

Objetivando a reconstrução do ordenamento jurídico e dos rumos do país, firmou-se, no Brasil, a Constituição como elemento primordial desse ideal (Supremacia da Constituição), que reascendeu a chama do Direito como ciência interpretativa aberta, capaz de irradiar os

³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 69. “Em primeiro lugar, a burguesia se sentiu ameaçada pelas tensões sociais existentes e, em razão delas, possibilitou maior flexibilização do regime liberal. Da mesma forma, a própria burguesia se beneficiou desta intervenção, pois possibilitou que a infra-estrutura básica necessária para o desenvolvimento das atividades de acumulação e expansão do capital fosse gerada com verbas públicas constituídas pela poupança e taxação generalizadas. [...] Por óbvio que o processo intervencionista não se dá uniformemente[...]”.

⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 53. “Do que se trata é de articular direitos, liberdades e garantias (direitos cuja função imediata é a proteção da autonomia da pessoa) com direitos sociais (direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular igualdade jurídica (à partida) com igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não necessariamente, econômico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa)”.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 324. “O quadro de legitimação do processo político nacional é deveras complicado, pela herança recebida dos 21 anos de exceção. A ditadura desvalorizou neste País a Constituição, o Congresso e os partidos políticos; humilhou-os e rebaixou-os com a ascensão tecnocrática a todos os níveis de poder, bem como a formação de órgãos paraconstitucionais de decisões – o Conselho Monetário, o Conselho de Desenvolvimento Político e sobretudo o ministério íntimo da Presidência, quais se chamam os ministros da Casa, que desfrutam da privacidade palaciana”.

efeitos constitucionais para toda a legislação vigente e a ser construída⁶. Para além da modificação da postura do Estado, o poder advindo do texto constitucional possibilitou uma nova direção a ser tomada (exemplo disso são as normas programáticas), cuja pretensão é construir uma realidade diferenciada, sem espaço para o simples crescimento econômico, dissociado de um *upgrade* social.

A dignidade da pessoa humana passa a ser princípio e fundamento da República, irradiando fortemente efeitos constitucionais e legais, já que se constituiu em norte a ser seguido a partir da Constituição. Cultuado na grande maioria dos textos constitucionais no pós-segunda guerra mundial, esse princípio detém um alto grau de abstração, pois termos como “dignidade” são muito difíceis de serem conceituados. Porém, isso não impede que se compreenda a dignidade humana como um fundamento protetor do ser humano como indivíduo, respeitado, único em sua existência, afastando qualquer tratamento do homem como objeto (influência da concepção kantiana)⁷.

De todo modo, independentemente de sua densidade ou complexidade, seu poder de influenciar a totalidade do ordenamento jurídico não resta prejudicado, visto que diante dos casos concretos reconhece-se agressões à dignidade da pessoa humana, demonstrando-se ser mais fácil reconhecê-la do que defini-la. Em igual sentido, entendendo-se serem os princípios constitucionais descendentes de uma matriz, essa seria a dignidade humana⁸, gerando via de consequência uma ofensa indireta quando os demais fossem lesionados e, dessa forma, a conexão existente reforça a ideia de efetivação da Constituição, pois esses princípios

⁶ CUNHA, Camila Santos da. Os direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva e a constituição como ordem de valores: em busca de aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. In: GORCZEWSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos (org.). **Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 107. “Com essa concepção da irradiação da eficácia dos direitos fundamentais, concebendo-os como “eixo gravitacional” do direito positivo, resta mais fácil conceber-se a aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, como preceito constitucional que é, deve receber toda proteção do ordenamento, não se pode mais aceitar que em nome dessa autonomia possam os indivíduos estabelecer relações que infrinjam os direitos fundamentais e principalmente a dignidade da pessoa humana”.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 37. “De qualquer modo, incensurável, isto sim, como teremos oportunidade de demonstrar no próximo segmento, é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”. Em igual sentido a posição de, RODRIGUEZ, Javier Llobet. **Derechos humanos y justicia penal**. Heredia: Poder Judicial, Depto. De Artes Gráficas, 2007. p. 45–46.

⁸ Ibidem, p. 83. “Se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis –, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas, como bem destaca Jorge Miranda”.

originados na dignidade têm o condão de concretizar valores ou aspectos inerentes a própria ideia aduzida pela dignidade humana.

Seguindo uma visão de concretização de direitos e garantias fundamentais em todos os ramos do Direito, por meio do princípio da dignidade, adere-se a ela dupla função: limitadora e prestacional. A primeira de condão negativo, restringindo as ações entre particulares e do próprio poder estatal, a segunda apresenta o lado positivo, na busca da concretização de uma existência digna ao cidadão⁹.

A dupla função apresentada para o princípio conduz ao menos a dois aspectos relevantes à temática (principalmente a dimensão negativa); *a priori*, ao falar-se de restrição de ações entre particulares, encontra-se o substrato da dignidade para aplicação dos direitos fundamentais a essas relações (eficácia dos direitos fundamentais interprivados), visando impedir o desamparo do indivíduo ou a violação de seus direitos constitucionais. A faceta restante aduz a restrição do próprio Estado, para com isso demarcar limites a sua intervenção, seja na sociedade ou na esfera privada dos indivíduos (tentativa de evitar abusos do poder estatal).

Os efeitos e funções citados denotam a natureza densa do princípio da dignidade humana, bem como indicam a base de onde emana o poder modificativo constitucional, servindo bem ao propósito de sustentar a supremacia da Constituição como pedra fundamental de uma renovação no Estado e Direito brasileiro. Embora existam críticas a serem apresentadas ao Estado, ainda restam determinados esclarecimentos a serem feitos, a fim de pormenorizar o conflito.

⁹ CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. SCHMITT, Ricardo Augusto (org.). **Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da constituição federal**. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 294–295. “Além da função legitimatória da própria ordem jurídica, o princípio da dignidade humana possui um papel limitador da conduta dos particulares uns com os outros e da atuação estatal e suas ingerências sobre a dignidade dos homens. [...] A par desta função limitadora, negativa, há que se destacar uma função prestacional ou positiva, consistente na promoção e realização de uma vida com dignidade para todos, no dever estatal de proteger a dignidade das pessoas das ofensas de terceiros e do próprio Estado”.

2 A IRRADIAÇÃO DE EFEITOS CONSTITUCIONAIS: TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO PRIVADO E DA AUTONOMIA

Conforme referido anteriormente, a irradiação dos efeitos constitucionais alastrou-se por todos os campos jurídicos, embora especificamente na esfera privada tenha havido resistência a essa invasão, diante do enaltecimento da autonomia do sistema privado (pensamento alinhado ao perfil do Estado Liberal), mesmo diante do texto magno. No entanto, pouco a pouco a resistência foi sendo superada, ocasionando um novo olhar sob alguns dogmas civilistas, como a dicotomia entre o público e o privado, que acabou relativizada pelos fenômenos da privatização do público e da publicização do privado¹⁰. Devido a esse novo enfoque, convencionou-se chamar de constitucionalização do direito privado a totalidade de mudanças resultantes na área privada, fruto da influência constitucional¹¹.

Esse novo capítulo na história do Direito trouxe consigo benefícios ao direito privado, seja pela inserção de valores importantes, como a dignidade humana, para um regramento econômico-social adequado ou pela oportunização do retorno da hermenêutica a ciência jurídica, o importante é a extensão de seus efeitos¹². Em outras palavras, as consequências das

¹⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 115. “Ao contrário do que previu Hegel, o Estado não se impôs como totalidade ética sobre a fragmentação da sociedade civil. O fenômeno da publicização do privado é acompanhado por um processo de privatização do público, assinalando a relativização da dicotomia público/privado”. Complementa esse posicionamento as palavras de STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Estudos jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, n. 1, jan. – abr. 2005. p. 33. “Mais do que isto, a revolução provocada pelo constitucionalismo do Estado Democrático de Direito não apenas submete o privado ao público: para além disto, toda a legislação (penal, processual, etc.) passa a estar submetida ao exame da parametricidade – não apenas formal, mas material – constitucional. Em outros termos, o texto não mais contém a norma; a vigência torna-se secundária em relação à validade, sempre aferida a partir de uma filtragem constitucional”.

¹¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 76. “Cumpra, por outra banda, destacar que a constitucionalização do Direito Privado não se resume ao acolhimento, em sede constitucional, de matérias que no passado eram versadas no Código Civil. O fenômeno é muito mais amplo, e importa na ‘(...) releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição Republicana’”.

¹² Ressalta a importância da dignidade humana, bem como seus efeitos no ordenamento privado o autor, TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 316. “Com efeito, vive-se hoje cenário bem distinto: a dignidade da pessoa humana impõe transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais. Consagrada como valor basilar do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana, esculpida no art. 1º, III, CF, remodela as estruturas e a dogmática do direito civil brasileiro, operando a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, de modo a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Assim, torna-se obsoleta a *summa divisio* que estremava, no passado, direito público e direito privado bem como ociosa a partição entre direitos reais e direitos obrigacionais, ou entre direito comercial e direito civil, ambas fundadas nos aspectos estruturais das situações jurídicas subjetivas, não já nos seus aspectos funcionais”.

disposições e previsões constitucionais não estão restringidas a um plano puramente abstrato, mas estão efetivando seu potencial na construção de um novo panorama civil-constitucional, o que é reforçado diante da vinculação não apenas do Judiciário, mas também pelos demais poderes, ou seja, também o legislador, por exemplo, vê-se de certa maneira vinculado, pois tem o dever de seguir a senda constitucional, na busca da efetivação dos direitos fundamentais.

O apontamento último, acerca do vínculo entre a Constituição e os demais poderes na estruturação do ordenamento jurídico, incluindo-se as relações particulares, pode ser vislumbrado em institutos como a função social da propriedade, ou na função social do contrato, quando o legislador encarregou-se de prever, por exemplo, a possibilidade de revisão de um contrato excessivamente oneroso. Esse posicionamento expõe a impossibilidade da manutenção do pensamento dos direitos fundamentais, unicamente como defesa contra o Estado, tornando imperioso o reconhecimento da sua perspectiva subjetiva e objetiva¹³, juntamente a uma aplicação interprivados.

Nesse sentido, verificam-se fenômenos como o da constitucionalização do direito privado e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, cujo entendimento é de que “todas as leis devem ser interpretadas e limitadas pelos direitos fundamentais, cujo conteúdo de valor deve ser protegido.” Os direitos passam a ter predomínio sobre a legislação e, “em sua condição de objetivos, fornecem diretrizes para a aplicação e para a interpretação de todo o direito infraconstitucional.” Isso não implica, de outra banda, uma anulação dos diferentes ramos do direito (tais como, exemplificativamente, civil, penal, administrativo), pois estes subsistem enquanto tal, como ramos “autônomos”, porém, estão, agora, entrelaçados e são diretamente influenciados pela Constituição e pela referida dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que não atinge unicamente a esfera do Judiciário, mas vincula a todas as funções do Estado.¹⁴

Além disso, pode-se dizer que esta vinculação dos direitos fundamentais também se opera horizontalmente, na medida em que se abre a possibilidade de se confrontarem direitos

¹³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 155. “Também é extraída da dimensão objetiva a própria noção de eficácia entre particulares dos direitos fundamentais, e, mais recentemente, a idéia de deveres de proteção. Esta última construção imputa ao Estado a responsabilidade de assegurar uma efetiva proteção dos direitos fundamentais, atuando positivamente com o escopo de prevenir que estes sejam lesionados por terceiros”.

¹⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 66-68 passim.

paralelos concorrentes. A dimensão objetiva atribuída aos referidos direitos, decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores fundamentais da comunidade, traz consigo a constatação de que os mesmos devem ter a sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, não com base apenas em sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista social, da comunidade em sua totalidade. Deste modo, também o exercício dos direitos subjetivos individuais resta condicionado ao interesse comunitário prevalente.¹⁵

Tratando-se da efetivação dos direitos em tais relações, louvável é a sustentação de uma eficácia direta¹⁶, alinhada à lógica adotada pelo tribunal constitucional brasileiro, bem como a um desejo pela máxima efetivação constitucional inclusive na órbita privada. Justifica-se a posição adotada não somente pelas benfeitorias advindas da Constituição, mas também pela impossibilidade de pleitear a proteção civil ao indivíduo, na problemática proposta, sem sustentar fortemente seus direitos fundamentais.

Retomando-se a ideia de reestruturação de institutos privados a partir dos fundamentos constitucionais, em conjunto ao esforço em prol dos direitos fundamentais, pode-se passar à análise da autonomia da vontade ou autonomia privada¹⁷, cuja conexão com a liberdade individual salta aos olhos e, conseqüentemente, com a dignidade humana, partindo do ideal de autodeterminação do ser humano (dimensão positiva), impedindo o seu constrangimento (dimensão negativa).

Os termos autonomia da vontade e autonomia privada são costumeiramente utilizados como sinônimos, porém, há autores que distinguem as duas espécies, pondo em evidência que a autonomia da vontade recebeu nova interpretação, por intermédio do prisma constitucional

¹⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 66-68 passim.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Jurídica**. ano. 55, n. 352. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 82. “Na verdade, verifica-se que a discussão em torno da afirmação ou negação da eficácia direta, para além ou mesmo por detrás dos argumentos de cunho jurídico, inevitavelmente revela – ao menos também – um viés político e ideológico, sustentando-se, nessa linha argumentativa, que a opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa”. Detalhando a eficácia direta nas relações privadas, tem-se a obra de SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 204 – 216.

¹⁷ LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundamentais do direito civil atual. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 248. “O princípio da autonomia da vontade pode ser enunciado como o reconhecimento de que a capacidade jurídica da pessoa humana lhe confere o poder de praticar ou abster-se de certos atos, conforme sua vontade”.

lançado, tomando a forma atualmente da autonomia privada¹⁸. Essa última detém um caráter mais objetivo, distinguindo-se da antecessora, a qual apresentava certa vagueza e subjetividade, em seus contornos.

Dito isso, passa-se a analisar o princípio, o qual devido a sua denominação pode ter parcela de seu sentido alargado, tendo em vista a pré-compreensão da autonomia associada diretamente à liberdade, bem como a uma independência pessoal, por parte do indivíduo. Todavia, cabe referir a definição comumente utilizada, na qual o link principal advém das preocupações patrimoniais, conforme aduz as palavras de Luciano de Camargo Penteado¹⁹:

considerando o direito como uma organização complexa de normas, a autonomia privada, dentro do quadro geral de normas, consiste num poder de o indivíduo gerar preceitos jurídicos individuais a reger seu próprio cenário jurídico, em diferentes sentidos, com maior ou menor projeção social. A autonomia significaria a independência de normas superiores para geração, independência empírica e científica, na medida em que sem o ato não haveria a criação e de que esta é meramente reconhecida e aceita pelas normas preexistentes, ainda que tenham, como as normas de validade, uma função de controle.

Devido à latente preocupação com as questões monetárias, visualiza-se que a nova roupagem dada à autonomia da vontade manteve uma proteção patrimonial, mas houve uma diminuição no seu poder, com a limitação constitucional, através de ferramentas como a função social do contrato (modificação interna/subjetiva)²⁰. Em contrapartida, reforçou-se a dimensão existencial do princípio, por meio da carga valorativa e das normas constitucionais, a fim de alocar o homem em sua dignidade como centro do ordenamento jurídico na esfera privada, deixando para trás o perfil individualista do liberalismo, para abraçar um novo ideal de crescimento econômico-social²¹.

¹⁸ FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de Faria. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 60 – 62.

¹⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. Autonomia privada e negócio jurídico – breves notas. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org). **Organização das relações privadas: uma introdução ao direito privado com métodos de ensino participativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 297.

²⁰ FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de Faria. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 62. “Tanto a propriedade quanto os contratos passam a ter que cumprir uma função social, ou seja, não é suficiente que sejam uma promoção da vontade individual e da circulação de riquezas. As mudanças são internas, no próprio direito subjetivo de propriedade e no conteúdo e forma de execução dos contratos”.

²¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 177. “É a partir desta moldura axiológica que se deve examinar a proteção à autonomia privada outorgada pela Constituição brasileira. E, na nossa opinião, trata-se de reafirmar aqui o que já fora dito antes, agora de posse de dados concretos sobre o ordenamento positivo brasileiro A proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 88 é heterogênea: mais forte, quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial”. Em igual sentido complementa a posição de FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de Faria. Autonomia da vontade e

Ademais, cumpre referir a existência de limitações a esse princípio, pois inexistem definições absolutas, congeladas no tempo, dentro de um Estado Democrático de Direito. Trata-se, em verdade, da noção oposta, isso é, de uma proposta de uma Constituição aberta, possibilitando à hermenêutica um novo papel, o que não autoriza a confusão entre os conceitos de liberdade e libertinagem. Significa que a licitude e a valoração são requisitos para a atuação dentro das previsões do ordenamento, impedindo o abuso da esfera individual, com a lesão ao aspecto coletivo-social.

A nova visão da autonomia privada coaduna-se facilmente aos princípios constitucionais, como a dignidade humana, e ao mesmo tempo com o fenômeno da constitucionalização do direito privado, objetivando a proteção dos interesses próprios, porém sem que para tal, restem terceiros prejudicados. Portanto, a autonomia privada ainda é capaz de servir como sustentação teórica, contrariando posições abusivas por parte do Estado, sendo o enfoque seguinte o elemento faltante na equação crítica da problemática das casas de prostituição.

autonomia privada: uma distinção necessária. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Direito civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 64. “Cabe ressaltar, então, que o Direito volta-se, hoje, para a valorização da pessoa como centro do ordenamento jurídico, devendo o Estado garantir ao ser humano as condições necessárias para o exercício desse poder de autodeterminação, como, por exemplo, as condições materiais mínimas de existência, sem as quais torna-se inviável o exercício da liberdade, entendida em seu sentido positivo”.

3 A CASA DE PROSTITUIÇÃO: UM CONFLITO ENTRE AUTONOMIA PRIVADA E O PATERNALISMO ESTATAL

As constatações feitas até o presente momento convergem até aqui, faltando apenas poucos elementos nessa equação exemplificativa, mais precisamente, a compreensão dos limites à intervenção do Estado, amparados nos termos da Constituição, associada à autonomia privada e a manutenção de uma determinada ordem social. Esses limites ocasionam no modelo democrático efeitos de ações condicionadas, em outras palavras, há o dever de efetivar os direitos fundamentais trazidos no texto constitucional, e para isso deve utilizar-se de todas as ferramentas necessárias, sem abusar de seus poderes. O poder coercitivo do ente público se legitima não somente pela força, mas pela corroboração política²², ou seja, a legitimidade constitucional soma-se à política para legitimar o Estado a intervir.

Na visão do direito privado, a autonomia privada insere-se como um freio, conferido a partir dos fundamentos constitucionais, limitando a intervenção estatal apenas às situações indispensáveis. Quando se fala em ação imperativa, referem-se àqueles casos em que reside ilicitude ou um dano a terceiro. Todavia, pode haver por parte do Estado abusos dos instrumentos coercitivos, compactuando com medidas autoritárias, ou no caso específico desse artigo as ações de cunho paternalista²³.

As duas espécies referidas marcam abusos por parte do Estado, porém aquelas de cunho paternalista têm por característica objetivar a proteção do indivíduo contra suas próprias ações, restringindo a possibilidade de autolesões. Censura-se o comportamento, tratando um adulto como uma criança, negando a ele a sua autonomia de decidir, se quer ser protegido, por um posicionamento antiliberal. Igualmente esse conceito comporta a defesa de pessoas consideradas vulneráveis ou que não podem por suas próprias forças se proteger²⁴.

²² CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 91. “O poder nunca se apóia exclusivamente na força. É impensável uma relação política que descanse exclusivamente na coerção dos súditos, mas antes exige-se uma fundamentação para o mesmo. Com efeito, a força é elemento indispensável para o exercício do poder, mas ela nunca pode ser o seu fundamento exclusivo. Assim, a força é fator necessário do poder, mas nunca suficiente por si só para obter uma relação de obrigação política por parte dos súditos”.

²³ Acerca dos abusos do poder do Estado, juntamente a uma análise de ações autoritárias e paternalistas encontra-se a estudo, DIAS, Felipe da Veiga. **Princípio da ofensividade e direito penal: uma abordagem constitucionalmente orientada**. Porto Alegre: PUCRS, 2009.

²⁴ FEINBERG, Joel. **Harm to self: the moral limits of the criminal law**. V. 3. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 5. “The following distinction between two families of senses of the word ‘paternalism’ then suggests itself: 1. Presumptively blamable paternalism, which consists in treating adults as if they were children, or older children as if they were younger children, by forcing them to act or forbear in certain ways, either – a. (benevolent paternalism) ‘for their own good,’ whatever their wishes in the matter (this may or may not be

Defender os seres humanos que não podem fazê-lo não é de forma alguma uma crítica, pelo contrário, deve ser um motivo de alegria, já que o modelo estatal atual tem por objetivo proteger direitos fundamentais, aplacando a integridade pessoal dos mais fracos. No entanto, a antipatia reside nas ações inseridas na primeira parcela da definição, por terem em grande parte se sustentado em reprovações religiosas ou morais, e tal índole não pode ser compactuada, não somente pela ofensa a princípios constitucionais (por exemplo, autonomia privada), mas por ser inconcebível uma moral geral a toda coletividade.

Ademais, compreende-se que a intervenção do Estado é legítima junto à esfera do indivíduo, se presente uma possibilidade de lesão a outrem, e não contra si mesmo²⁵. Embora, segundo já foi apresentado em sede de tribunais estrangeiros²⁶, há exceção dessa regra, que são os casos em que a ação individual ofende e denigre a sua própria essência humana, ou seja, lesa a dignidade humana.

Ainda acerca do paternalismo, há classificações internas no instituto, mas seria por demais dispendioso abordar todas elas, motivo pelo qual será elucidada aquela de maior valoração ao entendimento da temática, dizendo respeito ao paternalismo direto, restrito a

blamable in the last analysis; that is the question at issue) or – b. (nonbenevolent paternalism) for the good of other parties (e.g. teachers or factory managers), whatever their own wishes in the matter. (This is generally thought to be blamable). 2. Presumptively nonblamable paternalism, which consists of defending relatively helpless or vulnerable people from external dangers, including harm from other people when the protected parties have not voluntarily consented to the risk, and doing this in a manner analogous in its motivation and vigilance to that in which parents protect their children”.

²⁵ MILL, Stuart. **On liberty**. New York: Dover Publications, 2002. p. 8.

²⁶ Um caso clássico acerca desse ponto é conhecido como “lançamento de anão” o qual resume o autor VERÍSSIMO NETO, José. Arremesso de anão. Disponível em <http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=19>. Acesso em: 11 de outubro de 2010. “Na França, numa cidadezinha próxima a Paris, havia, numa casa noturna, uma brincadeira. Era chamada arremesso de anão. O divertimento era o seguinte: quem lançava o anão mais longe, de um lado a outro do recinto, ganhava o prêmio. No caso, o anão aceitava deliberadamente ser parte (objeto) do divertimento, posto que havia sido contratado para isto, e desta atividade auferia os rendimentos necessários ao seu viver. O prefeito interditou o espetáculo exercitando seu poder de polícia fundamentado na tutela da ‘ordem pública’. A decisão da prefeitura, que pretendia debelar a visível humilhação a que era submetido o anão, teve fundamento no art. 3º da Convenção Européia de Salvaguardas dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, cujo texto consagra o princípio da dignidade da pessoa humana. O problema é que o próprio anão, listisconsorciado com a empresa, recorreu ao Tribunal Administrativo, obtendo êxito em 1ª instância, ao argumento de que aquela atividade não perturbava ‘a boa ordem, a tranqüilidade ou a salubridade públicas’, aspectos em que se circunscreve o poder de polícia municipal. Em outras palavras, a tutela da dignidade humana não integrava o conceito de ordem pública. O pedido fundamentava-se, ainda, no fato de que a atividade econômica privada e o direito ao trabalho representam garantias fundamentais do ordenamento jurídico francês. O arremesso de anão ficou célebre porque o caso acabou sendo submetido, em grau de recurso, ao Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa que, alterando o entendimento dominante, reformou a decisão do Tribunal de Versailles, decidindo que este tipo de atividade econômica feria a dignidade da pessoa humana, feria direitos similares aos direitos da personalidade. Direitos estes que o novo código declara, peremptoriamente, indisponíveis, a ponto de a disponibilidade não poder passar pela vontade da própria pessoa. Em outras palavras, o que o Conselho de Estado acabou foi decidindo que o princípio da dignidade da pessoa humana condiciona a interpretação do conceito jurídico indeterminado de ‘ordem pública’. Vale dizer, o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da (noção de) ordem pública”.

apenas uma pessoa (exemplo: suicídio), e o paternalismo indireto, caracterizado pela participação de mais de uma pessoa (exemplo: eutanásia).

Em sede de um Estado de Direito, que respeita princípios e valores individuais do ser humano, cabe referir uma última possibilidade de exceção, na qual o paternalismo estatal seria suportável, nomeadas de paternalismo limitado. Nessas situações, mesmo contrariando a vontade pessoal, há legitimidade da intervenção; demonstração disso é a insanidade temporária, quando o Estado visa proteger o indivíduo de ações autolesivas, das quais ele provavelmente se arrependerá, ao restabelecer suas faculdades mentais plenas. Procedimentos como esses se encontram compatíveis com os valores que a Constituição brasileira pretende resguardar, no sentido de proteger os direitos fundamentais e balancear a medida da intervenção necessária, porém é o anseio por concretizar tais fundamentos que levam aos exageros paternalistas.

Os pontos até agora expostos conectam-se paulatinamente, pois a abertura do estudo com o Estado, denota aspectos históricos e valorativos, auxiliando na observação dos limites necessários a um modelo democrático, juntamente a isso soma-se a compreensão da resistência liberalista no direito privado e as mudanças constitucionalizadoras no contexto civilista. Não obstante, a especificação modificativa do conceito de autonomia volitiva, em consonância com a dignidade humana, traz à tona um dos conflitos, envolvendo os excessos paternalistas do Estado, no desejo de proteção de direitos fundamentais.

No que concerne ao artigo ora trabalhado, a conduta especificada (restringindo uma exemplificação dentre todas as possibilidades possíveis) é de fornecer local à prática de prostituição. A ação é valorada de forma negativa pelo componente moral, pois a atividade em si não apresenta um perigo social, entretanto, a sua punição com a força máxima dentro do ordenamento jurídico visa impedir outras pessoas de seguirem o mesmo caminho “imoral”, freando o livre arbítrio (autonomia privada), com uma medida paternalista²⁷. A ofensa a autonomia privada dos cidadãos é plural, pois atinge o cliente, a prostituta e aquele que a abriga, sem que haja uma ofensa justificável, como uma lesão patrimonial ou algo semelhante, sem a cogitação de uma solução menos gravosa aos envolvidos.

²⁷ ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. **Boletim publicação oficial do instituto brasileiro de ciências criminais – IBCCRIM**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15. n. 179, 2007. p. 18 “No crime de manter ‘casa de prostituição’ [...], muito embora seja claro o aspecto moralista, está contido também um componente paternalista, porque nega indiretamente à prostituta um lugar para exercer sua profissão baseado num raciocínio que pode ser assim expressado: ‘como ser prostituta é ruim, proibindo alguém de lhe dar auxílio (tendo uma casa de prostituição), as pessoas podem ser demovidas da idéia de se tornarem prostitutas’”.

Outro aspecto interessante a ser refletido é a convivência da sociedade com a atividade, já que são notórios os locais de tais atividades, sob qualquer nomenclatura (Exemplo: Saunas), sem que ocorra qualquer ação do poder público ou manifestação de repúdio popular, inexistindo fundamento plausível à manutenção da conduta na ilicitude²⁸ (ou de outro modo, inexistente fundamento plausível que não se ampare em concepções marcadamente, se não exclusivamente, de cunho moral). Até mesmo porque, partindo de um olhar protetor de direitos, não somente a autonomia privada é um fator relevante, mas a vedação de abrigo conduz à exposição dessas pessoas aos riscos das ruas, as quais são extremamente perigosas no período noturno (quando se dá o ápice da atividade e da criminalidade).

Assim, a manutenção da conduta na criminalidade pode ser considerada além um extremismo moralista (paternalista), uma falta de abertura interpretativa aos valores constitucionais (dignidade humana e autonomia privada), sendo que poderiam ser encontrados em outros campos do Direito, como, por exemplo, no direito privado, soluções ao suposto problema²⁹.

Resta ainda um outro argumento trazido pelo Estado, no sentido de que esses locais, por vezes abrigam menores, expondo a práticas libidinosas crianças e adolescentes, porém esse argumento se esvazia por si mesmo, pois a falta de fiscalização desses locais se dá em razão da convivência social, significando fechar os olhos para não ver o que acontece, no

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 853–854. “Quanto à persistência desse tipo penal, cremos dispensável (...). É preciso não fechar os olhos à realidade, pois a prostituição, queiram alguns setores da sociedade ou não, está presente e atuante, além de existirem vários locais apropriados para o seu desenvolvimento. Com o nome de motel, casa de massagem, bares ou cafés de encontros, saunas mistas, dentre outros, criaram-se subterfúgios variados para burlar a lei penal. Robora-se a permissividade diante do princípio da legalidade, pois os proprietários desses estabelecimentos sob o pretexto de que não são lugares destinados, exclusivamente, à prostituição, vale dizer, não são casas de prostituição, mas motéis, bares, saunas ou casas de massagem que podem abrigar condutas configuradoras da prostituição. Não se critica a jurisprudência; ao contrário, deve-se censurar a lei, persistindo em impingir um comportamento moralmente elevado – ou eleito como tal – à coletividade através de sanções penais. Os que forem contrários aos locais de prostituição devem buscar sanar o que consideram um problema através de campanhas de esclarecimento ou educação moral, mas jamais se valendo do direito penal, que há muito tempo mostra-se ineficaz para combater esse comportamento. Por outro lado, já que a prostituição não é, penalmente proibida, não há razão para o tipo penal do art. 229 subsistir”.

²⁹ O autor afasta a resposta penal a tais ações, defendendo a existência de alternativas, VON HIRSCH, Andrew. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15. n. 67, 2007. p. 20–22. “A objeção central contra o uso da pena em tais situações de autolesão é a de que ele não se adapta à fundamentação pela qual intervenções paternalistas poderiam ser, geral, autorizadas. Na discussão de um paternalismo limitado (vide item I acima), a base para intervenções se refere à conservação das futuras chances de vida da pessoa atingida: ela é, agora, afastada de um determinado comportamento, para que, mais tarde, continue-lhe possível perseguir seus (supostos) objetivos de longo prazo. Esse fundamento para intervenção é evidentemente orientado para o futuro e essa orientação ao futuro faz da pena – com suas características fortemente retrospectivas e censuratórias – uma forma inadequada de reação [...] Eu concluo daí o seguinte: a sanção penal não é uma forma adequada de coerção estatal para proteção de um agente contra autolesões. Conseqüentemente, também em casos nos quais um paternalismo limitado (e a intervenção estatal a ele ligada) fosse justificado, o direito penal não seria um instrumento adequado”.

entanto, a clandestinidade da ação apenas alimenta as casas que abusão de menores (obviamente uma minoria dentro da atividade). Precisamente a tentativa de proteção paternalista, gera mais efeitos negativos do que positivos, já que com ela deixa aqueles que efetivamente não podem se proteger, sem uma defesa, por crer na falsa moralidade como uma razão apta a sustentar um abuso do poder estatal.

A regularização da conduta traz benefícios de diversos pontos de vista, não ficando adstrito a órbita privada, visto que trará uma fiscalização adequada (função administrativa), proteção a integridade da pessoa que presta o serviço (retira o risco das ruas – segurança pública), respeita a disposição patrimonial do indivíduo (autonomia privada) e pode ser devidamente tributada como um estabelecimento (encargo tributário), ou seja, há uma movimentação diferenciada da máquina pública, mas em um sentido positivo e não moralmente depreciativo.

Diante do exposto, a justificativa exclusivamente moral encontra-se incompatível com a realidade social e constitucional (ainda mais diante de uma sociedade pluralista), cabendo referir, além dos benefícios da regularização da ação, dentre as alternativas possíveis, o exercício do poder público de forma extralegal. Em outras palavras, as campanhas publicitárias, o apoio psicológico/financeiro dado a pessoas de baixa renda e a conscientização, já se mostraram em diversas situações soluções mais adequadas do que o uso excessivo da força do Estado. A imposição de uma moral coletiva é completamente inconstitucional (ofende as liberdades individuais), ela se assemelha a uma tentativa de imposição religiosa a todos, não servindo como uma base jurídica minimamente respeitável.

A simples negação das alternativas é a manutenção de um padrão legal ultrapassado, com base positivista, portanto, distante de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição³⁰, sustentados por um ideal hermenêutico, ocasionando a sustentação de erros provocados pela falta de diálogo social. Com efeito, a proposta ora apresentada contrasta com o perfil paternalista adotado pelo Estado Democrático de Direito no Brasil; porém, acredita-se na sua maior sintonia com os valores constitucionais ali trazidos (junto com a limitação dos poderes interventivos do Estado na autonomia privada), bem como os ideais dos direitos

³⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 13. “Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ [...] e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”.

fundamentais, visando uma evolução social e jurídica constante, na construção de um país sério e justo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a argumentação proposta, desejou-se expor as nuances envolvidas na problemática, não ficando restrito a uma ótica jurídica, embora esta tenha prioridade, aludiu-se alternativas objetivando dirimir o conflito existente (em ponto de vista pessoal), entre alguns dos fundamentos constitucionais e a orientação estatal adotada. A fim de fundamentar essa linha de raciocínio, utilizou-se de elementos como a força constitucional, trazida com o novo texto de 1988, e alguns de seus valores, como o princípio dignidade da pessoa humana (prisma irradiador de efeitos – reinserção da hermenêutica jurídica). Somando-se ao princípio anterior, a autonomia privada, a qual foi modificada a partir do fenômeno da constitucionalização do direito privado, na demonstração de uma nova fase interpretativa dos conceitos jurídicos na área privada.

A compreensão da invasão constitucional a todos os campos do Direito é inerente à temática, já que no caso se propunha uma regularização das conhecidas casas de prostituição, abandonando o pensamento enrijecido pelo paternalismo estatal, de forma que outros ramos do direito, como o direito privado, tratassem de gerir essa atividade. Entender a Constituição e suas bases é algo necessário nesse estudo, pois não se pode requerer uma medida dessas proporções, sem fundamentação, bem como ao mesmo tempo em que uma das alegações contrárias a manutenção do caráter “criminoso” da ação é própria falta deles.

Ademais, conforme se referiu, a utilização de sustentações morais não são compatíveis com a realidade social apresentada e tão pouco com os valores constitucionais defendidos até o momento. Aderindo-se a isso os fatos da convivência da sociedade (incluindo-se do poder público) e da extensão de aspectos negativos com a manutenção da atividade na zona da clandestinidade.

Por fim, entende-se pela regularização desses locais, não somente pelo alinhamento constitucional mais adequado, o que já seria suficiente para afastar o atual paternalismo do Estado, porém há uma pluralidade de benefícios coletivos auferidos com tal atitude, tanto no espectro jurídico, como social. Em igual sentido vislumbra-se a solução proposta baseada em outros ramos jurídicos e nas possibilidades extralegais (campanhas e sistemas de apoio), como aquela que limita o abuso do paternalismo estatal, bem como aquela que se encontra mais condizente com o respeito à dignidade humana e autonomia privada, impondo o mínimo prejuízo aos envolvidos nessa problemática, com o máximo de ganhos a crescimento coletivo da sociedade brasileira.

Abstract

The social dynamism is today a powerful illustration, reaching all of the fields of the knowledge. Accompanying the path of the adaptation is the Right, tends for consequence that to abandon old based foundations in the rigidity positivism. The historical-evolutionary modifications of the State of Law cart him cultural and social variations, following a differentiated tendency, in the road of guaranteeing rights, prioritizing the human condition (constitutional values). The evolution of the State agree with the development of the constitutionalism, that last one demonstrating an enormous capacity modificativa in the several branches of the Right. Specifically in the private law, the phenomenon brought alterations, among them the understanding concerning the deprived autonomy, providing certain questionamentos in relation to the limits of intervention of the State and motivating, like this, the doubt and the study need concerning certain state measures, of paternalist stamp (moral reasons), for they present not-in some cases-an apparent juridical justification, in way contrast with some constitutional beginnings, as the human dignity and the deprived autonomy.

Keywords: Constitutionalism; Private Autonomy; Paternalism.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. SCHMITT, Ricardo Augusto (org.). **Princípios penais constitucionais**: direito e processo penal à luz da constituição federal. Salvador: JusPodivm, 2007.

CUNHA, Camila Santos da. Os direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva e a constituição como ordem de valores: em busca de aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. In: GORCZEWSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos (org.). **Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

DIAS, Felipe da Veiga. **Princípio da ofensividade e direito penal: uma abordagem constitucionalmente orientada**. Porto Alegre: PUCRS, 2009.

ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. **Boletim publicação oficial do instituto brasileiro de ciências criminais – IBCCRIM**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15. n. 179, 2007.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de Faria. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Direito civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FEINBERG, Joel. **Harm to self**: the moral limits of the criminal law. V. 3. Oxford: Oxford University Press, 1986.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundamentais do direito civil atual. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MILL, Stuart. **On liberty**. New York: Dover Publications, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Autonomia privada e negócio jurídico – breves notas. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org). **Organização das relações privadas: uma introdução ao direito privado com métodos de ensino participativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RODRIGUEZ, Javier Llobet. **Derechos humanos y justicia penal**. Heredia: Poder Judicial, Depto. De Artes Gráficas, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Jurídica**. ano. 55, n. 352. Porto Alegre: Notadez, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

VERÍSSIMO NETO, José. **Arremesso de anão**. Disponível em <<http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=19>>. Acesso em: 11 de outubro de 2010.

VON HIRSCH, Andrew. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15. n. 67, 2007.