

Individualismo Normativo e o Direito¹

DIETMAR VON DER PFORDTEN

Professor de Direito e Filosofia Sociais na Universidade de Göttingen.

RESUMO: Este estudo desenvolve o princípio do individualismo normativo no que concerne ao direito. Primeiramente, será determinado o que se deve entender por “individualismo normativo”. Em seguida, apresentar-se-á um esboço de como este princípio se realiza no Direito alemão e, por fim, justificar-se-á por que ele é o núcleo da ética do direito e da ética política.

PALAVRAS-CHAVE: Individualismo normativo; coletivismo; interesse; indivíduo; direito.

ZUSAMMENFASSUNG: Der Beitrag entfaltet das Prinzip des normativen Individualismus im Hinblick auf das Recht. Dazu wird zunächst präziser bestimmt, was unter diesem Prinzip zu verstehen ist. Anschließend wird skizziert, wie es sich im deutschen Recht realisiert hat und schließlich wird begründet, warum es legitimer Kern der Rechtsethik und politischen Ethik ist.

STICHWÖRTER: Normativer individualismus; kollektivismus; interesse; individuum; recht.

SUMÁRIO: Introdução; I – Determinação do individualismo normativo; 1 Individualismo normativo e coletivismo normativo; 2 Delimitação negativa do individualismo normativo; 3 A característica determinante dos indivíduos para a justificação; II – Um esboço do individualismo normativo no Direito alemão; 1 Aspectos do individualismo normativo na lei fundamental alemã; 2 Aspectos do individualismo normativo no direito civil; III – A justificação do individualismo normativo; 1 Afastamento da vontade de agir e da execução da ação; 2 Discrepância entre a execução da ação e o interesse de agir; 3 Reação adequada à exigência de fato de justificação; 4 Exclusão da comunidade de representação; Referências.

INTRODUÇÃO

Em última instância, política e direito devem ser justificados somente com referência aos indivíduos afetados por suas ações – assim prescreve o princípio do individualismo normativo². O individualismo normativo ou o humanismo é

1 O texto corresponde a uma palestra proferida pelo Professor Dietmar von der Pfordten, no Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, em Belém/PA, em agosto de 2013. Trata-se de uma versão do texto publicado originalmente sob o título “Normativer Individualismus und das Recht”, publicado em “Juristen Zeitung 22 (2005), p. 1069-1080”. Tradutor: Saulo Monteiro de Matos.

2 Para as primeiras tentativas de uma análise do individualismo normativo: *Dietmar von der Pfordten*, *Rechtsethische Rechtfertigung – material oder prozedural?*, in: *Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung*, von Schulz (Org.), 2000, p. 17-44; *Dietmar von der Pfordten*, in: *Zeitschrift für Philosophische Forschung (ZfphF)* 54 (2000), p. 491-513; *Dietmar von der Pfordten*, *Rechtsethik*, 2001, p. 281-292; *Dietmar von der Pfordten*, *ZfphF* 58 (2004), p. 321-346. Agradeço ao Dr. Lorenz Kähler, Dr. Peter Unruh, à assistente Friederike Wapler e ao Sr. Sebastian Zapf pelo auxílio, sobretudo, com respeito à segunda parte deste artigo.

o fundamento do moderno Estado Democrático de Direito e constitucional. As suas concretizações mais básicas são o reconhecimento dos direitos humanos e a legitimação democrática do poder político. O individualismo normativo serve também de base à maioria das teorias modernas da filosofia política e da filosofia do direito, como, por exemplo, às teorias contratualistas modernas e contemporâneas, tais como, as teorias de Hobbes, Locke, Kant e Rawls, assim como para o utilitarismo e as teorias dos direitos, como as de Nozick e Dworkin. Política e Direito, assim como filosofia política e filosofia do direito, são mutuamente influenciadas e justificadas pelo individualismo normativo.

I – DETERMINAÇÃO DO INDIVIDUALISMO NORMATIVO

O pensamento central do individualismo normativo recebeu diversas denominações ao longo da história, a saber: “humanismo”, “individualismo legitimatório”, “posição de sujeito do ser humano”, “subjetivismo”, “autodeterminação”, “autonomia”, “individualidade”, “valor do indivíduo”, “liberdade”, “pessoa”, “cooperação” e “democracia”³. A denominação não importa. Decisivo é a congruência do núcleo da interpretação. De maneira mais precisa, a tese central do individualismo normativo pode ser assim formulada: “Todas as decisões políticas e jurídicas possuem a sua justificação última exclusivamente em um tipo específico de referência aos indivíduos, i.e., seres humanos afetados pela respectiva decisão – deixando-se, por ora, outras formas de vida fora da análise”⁴. Dessa forma, os indivíduos não só limitam o domínio político. Muito mais, todo domínio só pode ser legitimado por meio da referência final aos seres humanos afetados e deve possuir exclusivamente estes como fim último.

1 INDIVIDUALISMO NORMATIVO E COLETIVISMO NORMATIVO

Como contraposto ao individualismo normativo, pode-se formular o princípio do coletivismo normativo. Ele aduz:

As decisões políticas e jurídicas podem possuir a sua derradeira justificação com referência a uma *coletividade* (e.g., Estado, nação, povo, raça, etnia, sociedade,

-
- 3 Acerca do “individualismo legitimatório”: Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999, p. 45 ss. Sobre a “posição de sujeito do ser humano”: Schmidt-Abmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. ed., 2004, 1 III 2, Rn. 21. Sobre o “subjetivismo”: Trapp, “Nicht-klassischer” Utilitarismus, 1988, p. 304, 310 ss.; v. Kutschera, *Grundlagen der Ethik*, 2. ed., 1999, p. 59, 121 ss. Acerca de “autodeterminação”: Gerhardt, *Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität*, 1999; _____, *Individualität. Das Element der Welt*, 2000, p. 155 ss. Acerca de “autonomia”: Beauchamp/Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 5. ed., 2001, p. 57 ss.; Schneewind, *The Invention of Autonomy*, 1998; Feinberg, *Harm to Self*, 1986, p. 27 ss.; Unruh, *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes*, 2002, p. 7. Sobre “valor do indivíduo”: Hastedt, *Der Wert des Einzelnen. Eine Verteidigung des Individualismus*, 1998. Acerca de “liberdade”: Hayek, *The Constitution of Liberty*, 1960; Henke, *Recht und Staat*, 1988, p. 7 ss. Sobre “cooperação”: Nida-Rümelin, *Demokratie als Kooperation*, 1999, p. 162 ss.
- 4 Caso os animais sejam incluídos na reflexão ética, então, eles precisariam ser levados em consideração no momento das decisões políticas e jurídicas.

economia, comunidade de falantes da língua, do direito ou de uma determinada cultura, a vizinhança, o contexto funcional etc.), a qual transfere legitimidade política e jurídica para as decisões.

Destarte, o argumento do coletivismo normativo é que, ao menos em última instância, a justificação de decisões políticas e jurídicas particulares não necessita ser conduzida aos seres humanos afetados pelas mesmas para ser considerada legítima, mas, sim, apenas às coletividades com fim em si mesmo. Versões mais fortes do coletivismo normativo defendem até mesmo a ideia de que *todas* ou ao menos *as principais* decisões políticas devem ser justificadas com referência final ao coletivo. O nacional-socialismo e o comunismo eram, conseqüentemente, ideologias coletivistas.

As duas posições, a do individualismo normativo e a do coletivismo normativo, são apenas *opostas*. Ou seja, elas não excluem outras possibilidades de justificação da política e do Direito. Imagináveis seriam justificações religioso-transcendentais (*transzendent-religiöse*) ou jusnaturalístico-naturalistas (*naturalistisch-naturrechtliche*). Estas formas de justificação perderam, contudo, a sua força geral argumentativa na modernidade em razão das suas aspirações metafísicas. Elas não podem mais ser consideradas como obrigatórias ante os membros de diferentes comunidades religiosas ou os defensores de diferentes convicções metafísicas. No campo da imanência, apenas o individualismo normativo pode, portanto, justificar decisões políticas e jurídicas.

Da forma como as teses do individualismo normativo e do coletivismo normativo foram formuladas, não há possibilidade de conciliação entre as duas. Do ponto de vista normativo, isto faz sentido. Do ponto de vista descritivo, isto só seria realista, caso as justificativas éticas ou os ordenamentos normativos se baseassem apenas em uma assertiva ou em algumas assertivas relacionadas rigorosamente de forma lógico-dedutiva. Isto claramente não ocorre no caso de teorias políticas complexas e sistemas jurídicos. Conseqüentemente, estes podem apresentar partes normativas individualistas e outras coletivistas, o que implica possivelmente problemas de coerência interna. Por exemplo, a filosofia política de *Thomas Hobbes* pode ser compreendida como individualista-normativa no que concerne ao ponto de partida do contrato social. Todavia, a partir do estabelecimento do *Leviathan* estatal, poucas medidas são tomadas em consideração aos indivíduos, como, por exemplo, a ausência de eleições periódicas. Dessa forma, a teoria de *Hobbes* como um todo só pode ser parcialmente qualificada como individualista-normativa.

2 DELIMITAÇÃO NEGATIVA DO INDIVIDUALISMO NORMATIVO

O individualismo normativo pode ser caracterizado de forma negativa:

(1) O princípio do individualismo normativo é naturalmente conciliável com o reconhecimento do fato de que indivíduos vivem, *de fato*, frequentemente em comunidades, como em casais, famílias, vizinhanças, paróquias, ou seja, de forma social ou coletiva. Nenhuma ética realista pode colocar tal fato em questão. Porém, é necessário diferenciar claramente entre o fato do viver em sociedade e a justificação normativa do direito e da política.

(2) Ademais, é importante salientar que o individualismo normativo ou uma posição humanista-normativa *não* deve ser confundido com *uma teoria libertária*, como defendem Robert Nozick ou David Gauthier⁵. A restrição do domínio político e da regulamentação jurídica ao resultado de um processo factual de coordenação, a partir do emprego do método da mão invisível, não pode ser justificada com base no individualismo normativo. Pois, neste caso, os indivíduos seriam obrigados a tolerar resultados desse processo que não levam em conta minimamente os seus interesses – tais como a carência de meios de transporte, a educação, os fomentos para a cultura, etc.

O individualismo normativo não deve ser tampouco confundido com a restrição total da tarefa do poder político no sentido de proibir o uso da força⁶ e de danos⁷ por outros poderes. A doutrina liberal é clara com relação à proibição de violações de direitos humanos, como vida, integridade corporal, liberdade e propriedade. Todavia, e.g., a tributação para fins de projetos comuns, os quais só podem ser realizados coletivamente, não viola o princípio básico do individualismo normativo.

(3) O individualismo normativo *não* implica *egoísmo psicológico ou ético*. Ele parte, ao revés, da assunção de que os indivíduos possuem frequentemente também desejos altruístas e objetivos idealizados. Porém, estes não se tornam verdades absolutas, mas, sim, interesses e representações individuais na formação da comunidade política. O individualismo normativo não fomenta tampouco o egoísmo, porquanto não é claro como um tal egoísmo deveria se comportar no caso do interesse duradouro, racional e abrangente dos indivíduos.

(4) O individualismo normativo *não* implica também *relativismo* da justificação ética. As propensões, os desejos, as necessidades e os objetivos individuais, os quais formam o seu fundamento, são, de fato, dependentes da vontade das pessoas afetadas pela ação política. Porém, por um lado, existem necessidades humanas fundamentais, das quais ninguém pode prescindir, como, por exemplo, oxigênio, água e alimentação. Por outro lado, é imperioso aceitar

5 Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 1974, p. 18, 26 ss.; Gauthier, *Morals by Agreement*, 1986.

6 Hayek, *Individualism and Economic Order*, 1948, p. 17. No seu "The Constitution of Liberty" (Nota 3), Hayek acrescenta ainda a fraude e o engano.

7 Mill, *On Liberty*, 1978, p. 9.

que, ao menos, pode-se encontrar relativamente um limite objetivo da melhor solução no caso de interesses conflitantes.

(5) Finalmente, o individualismo normativo não deve ser confundido com *teorias contratualistas*. As teorias contratualistas foram, de fato, historicamente uma expressão fundamental do individualismo normativo. Todavia, o utilitarismo e algumas teorias jusnaturalistas do direito partem do indivíduo e são, portanto – ao menos até um certo grau –, teorias individualista-normativas. As teorias contratualistas consistem em um modelo, a dizer, uma concretização do individualismo normativo, segundo o qual aquilo que foi anteriormente colocado como pressuposto se torna resultado de um contrato hipotético. Destarte, pode ser, de fato, relevante refletir acerca dos pressupostos do individualismo normativo como fundamento do contrato hipotético.

(6) O ponto de partida do individualismo normativo, como justificação do agir político, não exclui que ações coletivas no interesse das pessoas afetadas e fins coletivos, como, e.g., patriotismo, bem comum ou igualdade, sejam alvejados. Ele é conciliável, portanto, com um comunitarismo moderado. Dessa forma, o individualismo normativo se coloca, em interesse dos indivíduos, contra, por exemplo, um projeto de isolamento ou de segregação, como no caso da construção de blocos de moradia anônimos, sem infraestrutura, fora da cidade. Ele pode, destarte, apoiar o casamento, a família e a união entre pessoas, mais do que até o momento. Ele pode também naturalmente apoiar as comunidades. Todavia, todos os fins coletivos precisam ser analisados, em última análise, a partir dos interesses das pessoas afetadas. Eles não possuem, pois, um caráter de fim em si mesmo.

3 A CARACTERÍSTICA DETERMINANTE DOS INDIVÍDUOS PARA A JUSTIFICAÇÃO

Para a concretização do individualismo normativo, é preciso analisar ainda qual *característica* dos indivíduos é determinante para a justificação das ações políticas. Para tanto, há inúmeras sugestões: busca pela autopreservação (*Hobbes*⁸), consentimento tácito (*Locke*⁹), vontade, arbítrio (*Rousseau*, *Kant*¹⁰), prazer e sofrimento, satisfação de interesses (*Bentham*, *Mill*, utilitarismo¹¹), direitos (*Nozick*, *Dworkin*¹²), necessidades (*Apel*¹³), liberdades (v. *Hayek*¹⁴), inte-

8 *Hobbes*, *Leviathan*, 1991, cap. XVII, p. 117.

9 *Locke*, *Two Treatises of Government*, 1988, sec. Treat., § 95, p. 330.

10 *Rousseau*, *Du contrat social*, 1992, livro 2, cap. 3, p. 54; *Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1986, § B, p. 38.

11 *Bentham*, *The principles of Morals and Legislation*, 1988, cap. I 1, p. 1; *Mill*, *Utilitarianism*, 1998.

12 *Nozick* (nota 5), p. IX; *Dworkin*, *Taking rights seriously*, 1977, p. 184 ss.

13 *Apel*, *Transformation der Philosophie II*, 1973, p. 425.

14 *Hayke* (nota 3), *passim*.

resses (Höffe, Hoerster, Patzig¹⁵), preferências (Arrow, Gauthier¹⁶), habilidades (Sen¹⁷), aceitação ou justificação fictícia (Scalon, Koller¹⁸), totalidade dos julgamentos político-individuais (Nida-Rümelin¹⁹), etc.

A discussão de todas essas alternativas exige uma investigação própria. Por isso, aqui, somente o argumento central: caso se deseje levar a sério os indivíduos, então, nenhuma característica específica deve ser prescrita a eles. Deve-se permitir que eles mesmos decidam qual aspecto da sua individualidade deve ser decisivo do ponto de vista da legitimidade política. Destarte, a *concordância fática* e as *atuais propensões, necessidades, desejos e objetivos reais* se colocam em primeiro lugar. Caso estes não possam ser encontrados, então, deve-se, em segundo lugar, recorrer a *desejos e objetivos reais anteriores*. Caso isto também não seja possível, passa-se, em terceiro lugar, para *concretas presunções* acerca dos desejos e objetivos fáticos. Caso isto também não seja suficiente, deve-se recorrer, finalmente, aos *supostos interesses abstratos* (ver a ordem de consideração no caso da vontade dos pacientes ou do testamento dos pacientes). Pode-se sintetizar essa cascata de considerações sob o termo “interesse”.

II – UM ESBOÇO DO INDIVIDUALISMO NORMATIVO NO DIREITO ALEMÃO

Como fenômeno multidimensional, é impossível categorizar o direito por meio de uma teoria abstrata da justificação e, por isso, necessariamente simplificada, como a do individualismo normativo. Outros elementos contingentes sempre poderão ser apontados. Com essa observação, é válido: o direito da República Federal da Alemanha é, de modo *absoluto*, fortemente individualista-normativo. De modo *relativo*, é o direito mais individualista-normativo da história da Alemanha. Isto vale para a constituição da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), assim como para o direito comum e para os fundamentos da jurisprudência. A seguir, apresenta-se um esboço dessa ideia.

1 ASPECTOS DO INDIVIDUALISMO NORMATIVO NA LEI FUNDAMENTAL ALEMÃ²⁰

O “projeto do lago de Herrenchiem” (“*Herrenchiemseentwurf*”) à lei fundamental inicia com um artigo claramente individualista-normativo: “Art. 1º [...] I. O Estado existe em razão do ser humano, não o ser humano em razão

15 Höffe (nota 3), p. 55 ss.; Hoerster, *Ethik und Interesse*, 2003; Patzig, *Der Unterschied zwischen subjektiven und objektiven Interessen und seine Bedeutung für die Ethik*, 1978.

16 Arrow, *Social choice and individual values*, 2. ed., 1963, p. 11 ss.; Gauthier (nota 5).

17 Sen, *Inequality Reexamined*, 3. ed., 1995, passim.

18 Scalon, *What we owe to each other*, 1998, p. 189 ss.; Koller, in: Brugger, *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, 1996, p. 361-393.

19 Nida-Rümelin, in: *Current issues in political philosophy: justice in society and world order*, Koller/Puhl (Org.), 1997, p. 272.

20 Ver acerca de interpretações díspares da lei fundamental: Brugger (nota 18).

do Estado”²¹. Esta formulação não foi, de fato, recepcionada literalmente pelo texto final da lei fundamental alemã. Isto se deu, todavia, apenas por razões de costume: no início do texto, não deveria constar nenhuma “declaração negativa” deste tipo²². A correção de conteúdo da norma não estava em questão. Independentemente da formulação, é preciso partir da ideia de que o individualismo normativo foi realizado na lei fundamental²³. Isto pode ser demonstrado por meio de diversas regulamentações particulares:

No início da lei fundamental, a referência ao ser humano no preâmbulo já explicita o seu caráter individualista-normativo: “Consciente da sua responsabilidade perante Deus e os seres humanos... o povo alemão, em virtude do seu poder constituinte, outorgou-se a presente lei fundamental”. Aí, há, de fato, a referência a Deus. Porém, na sua imanência, são os “seres humanos” no sentido de indivíduos o ponto final de referência da responsabilidade, não o coletivo.

Ademais, de forma sistemática, os constituintes da lei fundamental colocaram os direitos fundamentais no cume da constituição, a dizer, ao contrário da constituição de Weimar, na qual a organização do Estado vem a frente²⁴.

Por meio do art. 1º, parágrafo primeiro, da Lei Fundamental, a dignidade humana, como qualidade fundamental do ser humano indivíduo, foi colocada

21 Ver também JöR, v. 1 (1951), p. 42-48: Segundo o deputado Dr. Süsterhenn, o Estado não é um fim em si mesmo. Ver também o relatório da subcomissão I da convenção constitucional do lago de Herrenchiem em: Bucher (Org.), der Parlamentarische Rat 1948-1949, atas e protocolos, v. 2, 1981, p. 217: “A subcomissão foi conduzida, no seu trabalho, pelas seguintes opiniões. No cume, deverá ser colocada uma determinação que acentue com toda intensidade a ideia fundamental de um Estado democrático liberal em contraposição à ideia de um Estado totalitário ditatorial”; idem, nota de rodapé 84: “Texto da comissão de direitos fundamentais: ‘O ser humano foi criado por Deus, mas o Estado foi feito pelo ser humano. Por isso, o ser humano não existe em razão do Estado, mas, sim, o Estado em razão do ser humano’. Esta formulação foi revista. Carlo Schmid alertou acerca do problema ‘de se falar em deus no texto constitucional’ e sugeriu: ‘O Estado é uma obra do ser humano e, assim, o ser humano não existe em razão do Estado, mas, sim, [...]’”.

22 Idem, p. 45: Intervenção do deputado Heuß.

23 Acerca disso, vide: Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner GG, 4. ed., 1999, art. 1º I, n. 1: “Primazia do ser humano ante o Estado”; Starck, Vom Grund des Grundgesetzes, 1979, p. 31; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, v. 3/1, 1988, § 58 II 6: “O Estado não é um fim em si mesmo, mas, ao revés, obra humana com fito de conduzir a vida das pessoas em dignidade e segurança”. Idem: Schmidt-Abmann (nota 3), 1 A III 2, n. 21, 24; Herdegen, in: Maunz-Dürig, GG, v. 43, 2005, art. 1º I, n. 1: “A compreensão do Estado, a qual rejeita qualquer promoção de grupos estatais de poder como fim em si mesmo: A comunidade de direito e constitucional encontra o seu fundamento, em última instância, no respeito e proteção do ser humano como pessoa ante o poder estatal e outros membros da comunidade”. Ver também nota 18, 25; Jarass/Pieroth, GG, 7. ed., 2004, art. 1, nota 1; v. Münch, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. ed., 2000, Vorb. art. 1-19, nota 4; Höfling, in: Sachs, Grundgesetz, 3. ed., 2003, art. 1, 43; Hoplauf, in: Schmidt/Bleibtreu, Kommentar zum GG, 10. ed., 2004, Einl. nota 93; Haverkate, Verfassungslehre, 1992, passim; Ehlers, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. ed., 2002, § 1 IV 1, nota 28: “As atribuições e competências não foram dadas ao Estado para si, mas, sim, em prol dos seres humanos”. O gabinete da chanceler alemã atuou, em 01.02.2005, sob o lema: “O Estado existe para os seres humanos e não os seres humanos para o Estado”.

24 Ver Schmid, JöR n. F. 1 (1951) nota de rodapé 2 (1951), p. 47: “Esses direitos fundamentais foram colocados no início do todo, ao contrário da constituição de Weimar, porquanto deveria ser deixado claro que esses direitos, os quais são imprescindíveis para que os indivíduos possam viver em dignidade e respeito, precisam determinar a realização da constituição. Em última instância, o Estado existe para criar a ordem externa, da qual necessitam os seres humanos para uma vida comum baseada na liberdade individual. Desse encargo, exclusivamente, advém a legitimidade do exercício do poder estatal”.

como norma fundante e imodificável (cláusula pétrea) em razão do art. 79, III, da Lei Fundamental. O adjetivo “humana” no art. 1º, I, deixa claro que, aqui, estão incluídos todos os seres humanos indivíduos, e não o ser humano coletivo²⁵. O Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) assentou que, na democracia liberal, a dignidade humana consiste no valor mais alto e fundamento de todos os direitos fundamentais²⁶.

Além da dignidade humana, que pode ser vista como primeira realização fundamental do individualismo normativo, a sua concretização se divide em dois grandes ramos: o reconhecimento dos *direitos humanos ou fundamentais* e a *legitimação democrática* do poder político. As duas concretizações possuem uma dupla natureza: elas são pré-jurídicas e jurídicas.

1. Art. 1º, parágrafo primeiro, prevê os “direitos invioláveis e inalienáveis do ser humano” como “fundamento de toda comunidade humana”. A lei fundamental possui um catálogo de direitos fundamentais detalhado e muito amplo, o qual não contempla apenas direitos dos alemães, mas, outrossim, direitos de todo ser humano de modo relativamente abrangente. Pode-se citar, por exemplo, o direito ao asilo político do art. 16a. O art. 2º, parágrafo primeiro, da Lei Fundamental prevê o direito ao “livre desenvolvimento da sua personalidade” (*freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*). O Tribunal Constitucional alemão interpretou este artigo de forma muito ampla como liberdade geral de ação (*allgemeine Handlungsfreiheit*)²⁷. O art. 14 da Lei Fundamental garante a propriedade privada. As desapropriações, segundo o art. 14, parágrafo terceiro, da Lei Fundamental, são possíveis apenas em situações extraordinárias e com indenização por parte do Estado. O art. 19, parágrafo quarto, da Lei Fundamental garante a todos o direito de acesso ao Judiciário contra atos do Poder Público.

25 Vide Hattenhauer, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 3. Auflage, 1983, p. 391: “Foi uma nova posição na história do direito constitucional alemão, uma assertiva fundamental acerca da imagem do ser humano e do modelo social, os quais deveriam assegurar o caminho dessa lei fundamental. ‘Dignidade’ significava o valor do ser humano como pessoa. Este valor do ser humano foi caracterizado como ponto fixo, a partir do qual todos os demais artigos da direito constitucional deveriam ser interpretados. Porém, foi mais importante o fato de que o artigo fala de dignidade ‘do’ ser humano. O marxismo também seria capaz de colocar esse artigo como princípio maior da constituição, caso ele se referisse à ‘dignidade humana’. Aqui, contudo, trata-se do ser humano individual, da pessoa no sentido da filosofia da liberdade. Aqui, unem-se a tradição do *Aufklärung* e do liberalismo e reconhecem que todo ser humano particular possui um valor imutável e prévio a todo direito, o qual é intocável. Com isso, determina-se, igualmente, que o valor da sociedade é fundamentado através do valor da pessoa. A sociedade passa a ser secundária, mesmo que se prometa tratá-la de forma séria e com toda a importância. Perderam-se muitas vidas em nome do povo. Era necessária reafirmar aos indivíduos a sua dignidade intocável e, destarte, reconhecer que os cidadãos não estão aí a serviço da sociedade, mas a sociedade a serviço dos cidadãos. Certamente, tratava-se de uma crença. Não obstante, tratava-se, igualmente, de uma convicção que todos na comissão parlamentar compartilhavam, sem dúvidas ou ressalvas, após período cinzento do passado. Tratava-se de um novo princípio da ética estatal. Quais as consequências práticas desse novo artigo não eram previsíveis no momento da sua formulação. O fato de que esse artigo foi, posteriormente, especialmente levado a sério, foi, sem dúvida, o progresso mais importante trazido pela lei fundamental”.

26 BVerfGE 5, 85, 204 ff.; 6, 32, 36 u. 41; 45, 187, 227; 50, 166, 175; 87, 209, 228; 96, 375, 398; 102, 370, 389; 107, 275, 284.

27 BVerfGE 6, 32, 36 f.; 54, 143, 144; 63, 45, 60; 74, 129, 151; 80, 137, 152.

Logo em seu início, a Lei do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) prevê a reclamação constitucional individual (*Individualverfassungsbeschwerde*)²⁸. Em 1969, esta regra foi consolidada no art. 93, parágrafo primeiro, 4ª, da Lei Fundamental. O Tribunal Constitucional alemão decidiu que todos os direitos fundamentais individuais têm efeitos mediatos contra terceiros ante qualquer direito infraconstitucional (*“mittelbare Drittwirkung”*)²⁹. Ele reconheceu também o princípio da proporcionalidade como uma ponderação ampla entre meios e fins, o qual tem efeitos também em benefício dos indivíduos³⁰. Ademais, ficou assentado, por meio da jurisprudência da Corte, um dever estatal de tutela decorrente dos direitos fundamentais³¹. Segundo a Constituição, o indivíduo não possui apenas um direito subjetivo a ser protegido na sua esfera privada contra violações da comunidade política, como também um direito subjetivo à ação estatal no sentido de protegê-lo contra possíveis violações. Isto vai muito além da proteção garantida pelos direitos fundamentais da Constituição dos Estados Unidos da América, segundo interpretação majoritária³².

2. Além disso, o individualismo normativo possui outras concretizações no princípio democrático. Para a sua compreensão, mister se faz distinguir quatro grupos de indivíduos, os quais, de forma decrescente, são partes dos grupos antecessores: (1) os afetados (pelas ações políticas), (2) os cidadãos ou nacionais, (3) os cidadãos ativos e (4) os representantes políticos. O segundo grupo forma o povo como poder constituinte originário (*pouvoir constituant*) e como poder constituinte derivado (*pouvoir constitué*)³³. A norma do art. 20, II, 1, da Lei Fundamental (*“todo poder estatal emana do povo”*) se refere ao segundo grupo de cidadãos ou nacionais³⁴. Neste caso, não se deve compreender

28 Bundesverfassungsgerichtsgesetz v. 12. 3. 1951, BGBl. I, 243.

29 BVerfGE 7, 198, 205 ff.; 49, 89, 141 f.; 97, 169, 175 ff.; Böckenförde, in: Der Staat 1990, 1, 4 ff.; Dürig, in: FS für Nawiasky, 1958, p. 157, 176-184.

30 BVerfGE 3, 383, 198; 17, 108, 117; 43, 242, 288; 76, 1, 50 f.; 81, 310, 338; Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 140 ff., 213; Yi, Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation, 1998, S. 26; Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 25 ff.; Wendt, in: AöR 104 (1979), 414, 416 f.; Vgl. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 26 f., 30 f., mas também S. 33.

31 BVerfGE 39, 1, 42 ff.; 92, 26, 46; ver: Sachs, in: Sachs (Nota 23), vor art. 1, Rn. 35 com extensa referência à jurisprudência; Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 51; Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, especialmente S. 29 s.; Hager, in: JZ 1994, 373, 378 ff.

32 Giegerich, Privatwirkung der Grundrechte in den USA, 1992, S. 235 ff., 453; Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Auflage, 2001, S. 96 ff., 101 ff.; Brugger, Demokratie, Freiheit, Gleichheit, 2002, S. 105 ff., 126, 156-181.

33 Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1980, § 25 II 2, S. 22 f.

34 BVerfGE 83, 37, 51; Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR Bd. 2, 3. ed., 2004, § 24, Rn. 26 f.; Sachs, in: Sachs (nota 23), art. 20 III 1, Rn. 28; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 4. ed., 2000; art. 20 II, Rn. 142; Pieroth, in: Jarass/Pieroth (nota 23), art. 20, Rn. 4; Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), 351; Degenhart, Staatsrecht I, 20. Auflage, 2004, § 1 III 4, Rn. 39; Antoni, in: Seifert/Hömig, GG, 7. Auflage, 2003, art. 20, Rn. 7; Maurer, Staatsrecht I, 2. Auflage, 2001, § 7 III 2; outra versão: Bryde, in: Demokratie und Grundgesetz, Sonderheft Kritische Justiz, 2000, 59 ff. O princípio

“povo” no sentido de um coletivo fictício ou real, mas, sim, no sentido de todos os cidadãos que pertencem à comunidade política³⁵. A restrição, do ponto de vista da organização estatal, da construção e do exercício do poder político a uma parcela dos afetados por tal exercício, é justificada por razões de justiça e adequação aos fins, porquanto, como toda comunidade, a comunidade política também necessita de membros, os quais sejam ligados a ela profunda e duradouramente. Apenas pessoas, que, em virtude do nascimento ou descendência de outros membros da comunidade política, ou que se comprometeram de forma duradoura com a comunidade e, por isso, carregam também seus ônus, como, por exemplo, o serviço militar obrigatório, podem ser vistas como legítimas para pleitear determinadas prestações e direitos da comunidade. Ainda mais restrito, por motivos de adequação ao fim – crianças, por exemplo, não possuem capacidade para tomar decisões racionais, é a restrição do terceiro grupo de cidadãos ativos em eleições e consultas populares, conforme art. 20, parágrafo segundo, 2³⁶, e art. 38, parágrafo segundo, III, da Lei Fundamental. Este grupo escolhe, finalmente, o quarto grupo de representantes políticos.

Nas suas decisões, os cidadãos ativos e representantes políticos precisam, contudo, levar em consideração naturalmente todos os indivíduos afetados pela decisão, a dizer, outros cidadãos sem direito à participação política ativa, crianças e outros cidadãos sem direito ao voto, assim como estrangeiros que vivem no País ou fora dele. Outrossim, estrangeiros e pessoas que não possuem cidadania ativa, de diversas maneiras, estão sujeitos e são objetos de regulamentações jurídicas. Eles podem, por exemplo, celebrar contratos, adquirir direitos ou ser responsabilizados penalmente. Desse modo, a restrição do vínculo organizacional do poder estatal aos cidadãos passivos e ativos concretiza o princípio do individualismo normativo.

A interpretação do direito constitucional alemão como individualista-normativo corresponde, por enquanto, à doutrina majoritária³⁷. Todavia, há

legitimador do individualismo normativo e sua concretização através da organização do Estado não são aqui claramente discriminados.

- 35 BVerfGE 83, 37, 51: “Povo como um grupo de seres humanos reunidos para a unidade”; *Haverkate* (nota 23), S. 330 ff.; *Starck*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts Bd II, 1987, § 29, Rn. 4: “A autonomia do povo depende de autonomia dos integrantes do povo”; *Dietmar von der Pfordten*, JZ 2004, 157-166.
- 36 *Sachs*, in: *Sachs* (nota 23), art. 20 III 1, Rn. 28; *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig (nota 23), art. 20, 2.4, Rn. 18; *Stern* (nota 33), § 25 II 3, S. 24 s.
- 37 Ver nota 23. Ver também *Böckenförde*, Vom Wandel des Menschenbildes im Recht, 2001, p. 36. Ver, também, com algumas ressalvas hegelianas implícitas: *Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. 2, hrsg. von *Isensee/Kirchhof*, 3. Auflage, 2004, § 15 C III 3, Rn. 7: “O ‘princípio da subjetividade’, que Hegel aponta como ‘princípio dos Estados modernos’, encontra a sua realização institucional no Estado constitucional em dois aspectos: de um lado, na garantia, por meio dos direitos fundamentais, da particularidade ante a exigência normativa da generalidade estatal e a, daí advinda, consequente proteção da liberdade do Estado; por outro lado, na fundação do Poder estatal com base na autodeterminação do povo, do qual todo indivíduo participa na qualidade de integrante do povo. Ao princípio da subjetividade corresponde o voluntarismo, o qual torna-se, constitucionalmente, válido por meio do conceito negativo de liberdade dos direitos fundamentais, assim como através da vontade do povo como fonte legitimadora da democracia”.

também posições contrárias, reais e aparentes. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão estabeleceu em suas primeiras decisões:

A imagem do homem da lei fundamental (*Das Menschenbild des Grundgesetzes*) não é a de um indivíduo soberano e isolado; a lei fundamental, ao revés, se decidiu por uma tensão entre indivíduo e comunidade no sentido de uma pertença à comunidade e vinculação comunitária da pessoa, resguardando, contudo, o seu valor próprio como intangível. Isto, porém, significa: o indivíduo precisa se submeter a todas as restrições à sua liberdade de ação, que o legislador impõe para fins de assistência e promoção do viver em sociedade nos limites do aceitável ante o caso concreto, desde que, com isso, a autonomia da pessoa seja preservada.³⁸

Com base nesta ideia, Winfried Brugger qualificou a “imagem do homem” (*“Menschenbild”*) do Tribunal Constitucional alemão e muitas outras regulamentações da lei fundamental como “comunitaristas”. O comunitarismo se apresenta, destarte, como uma teoria da interpretação da lei fundamental³⁹. Esta visão parece ser problemática. No caso do conceito abstrato de “Imagem do Homem” (*“Menschenbild”*), é necessário diferenciar entre a questão *empírico-descritiva*, *jurídico-normativa* e *ético-normativa* acerca da relação indivíduo-comunidade. Sob uma perspectiva *empírico-descritiva*, o ser humano – como já colocado alhures em I. 2. (1) – não é naturalmente um indivíduo isolado, mas, sim, ligado de diversas formas em comunidades (casamento, família, municípios, igrejas, empresas, Estado). Do ponto de vista *jurídico-normativo*, a lei fundamental estabelece, de forma vinculada, valor e proteção a algumas comunidades, como, por exemplo, no art. 6º, ao casamento e à família; nos arts. 4º e 140, às comunidades religiosas; no art. 9º, às associações e sociedades; e, no art. 18, à comunidade política. Tudo isso não exclui, contudo, a compreensão – e, assim, deve-se compreender a ideia geral do Tribunal Constitucional alemão – de que os seres humanos individuais, do ponto de vista *ético-legitimador*, devem ser vistos como a última fonte de justificação desta proteção das comunidades, conforme as valorações fundamentais da lei fundamental. Nenhuma comunidade, mesmo o Estado, casamento, família, associações, sociedades ou comunidades religiosas, é, segundo a lei fundamental, um valor em si, tal como o é o indivíduo. Deve-se, nesse sentido, evitar o conceito vago de “Imagem do Homem” (*“Menschenbild”*) e deixar claro a que ele se refere: às relações fáticas da vida humana, à proteção jurídico-normativa ou à valoração e legitimação

38 BVerfGE 4, 7, 15f.; 8, 274, 329; 12, 45, 51; 27, 1, 7; 27, 344, 351 f.; 30, 1, 20; 33, 303, 334; 50, 290, 353; 56, 37, 49; 65, 1, 44; Segundo Peters, in: FS für Rudolf Laun, 1953, S. 671, und Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2003, art. 1 I, Rn. 46 ff., a lei fundamental adota a linha média do personalismo na sequência de níveis “individualismo-personalismo-coletivismo”.

39 Brugger, Zeitschrift für Rechtsphilosophie 1 (2003), 1 s. Ver também Brugger, AöR 1998, 337-374. (Porém, Brugger defende um comunitarismo liberal, do que se pode depreender que sua posição é conciliável com o individualismo normativo); também Nickel, in: Brugger (nota 17), S. 395-418; para uma posição crítica: Haltern, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 83 (2000), S. 153 ff.

ético-constitucional da lei fundamental. Ao cabo, dada a configuração fundamental discutida *supra* da lei fundamental alemã e a sua clara reação à ideologia coletivista do nacional-socialismo, esta valoração ético-constitucional é claramente individualista-normativa.

2 ASPECTOS DO INDIVIDUALISMO NORMATIVO NO DIREITO CIVIL

O direito civil se fundamenta no princípio da autonomia privada⁴⁰. A autonomia privada não é outra coisa senão uma manifestação fundamental do individualismo normativo, uma vez que salvaguarda que todos os respectivos afetados, no bojo das interações sociais, têm o direito de garantir juridicamente os seus interesses. Dessa forma, o princípio da autonomia privada é também elevado ao patamar de direito fundamental⁴¹, concretizando-se por meio da liberdade contratual⁴², liberdade de testar⁴³, assim como em outras liberdades de dispor, tais como a possibilidade de constituir representante legal, transferir propriedade e renunciar direitos.

Segundo o aludido princípio da liberdade contratual, toda celebração de contrato pressupõe a vontade do contratante. Ele pode escolher com quem e sobre o que o contrato será celebrado⁴⁴. Ele escolhe se e com quem ele se compromete a trabalhar, qual moradia alugar e o que comprar. Os indivíduos não são apenas vistos como capazes de realizar os seus interesses com supedâneo nas regras da autonomia privada, mas, outrossim, eles permanecem livres para não se submeter aos interesses de outros, caso tais interesses não correspondam à sua vontade. Por isso, existem efeitos contratuais somente em favor e nunca contra terceiros, § 328 BGB (Código Civil alemão). Ademais, a liberdade contratual vale tanto em face dos indivíduos como também ante as coletividades.

A liberdade contratual, porém, permanece obscura, caso se busque interpretar-la apenas de forma funcional, como, por exemplo, sob o argumento

40 Ver acerca da autonomia privada: BGH, NJW 1994, 1278, 1279; NJW-RR 2004, 100, 101; 2004, 924; Geißler, in: JuS 1991, 617, 618; Hübner, Allgemeiner Teil des BGB, 2. ed., 1996, S. 276 ff., Rn. 600 ff.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., 1997, S. 74 ff., Rn. 173 ff., S. 182 ff., Rn. 472 ff.; Oestmann, in: NZM 2003, 1, 3; Paulus/Zenker, in: JuS 2001, 1 ff.; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, 2004, § 1 Rn. 2 ff. Acerca da história do desenvolvimento do conceito de autonomia privada: Mayer-Maly, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 14, 1989, 268, 271 ff. Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 22 ff., compreende que o direito privado é marcado pela oposição valorativa entre individualismo e coletivismo, embora o conceito de coletivismo, diferente do aqui proposto, significa a preocupação absoluta com relação aos interesses dos outros.

41 Ver BVerfGE 72, 155, 270; Dreier, GG, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, art. 2 Rn. 38; Hübner (nota 40), p. 277, Rn. 600; Kunig, in: v. Münch/Kunig (nota 23), art. 2 Rn. 29; Murswiek, in: Sachs (nota 23), art. 2 Rn. 55 a.

42 BGH, NJW 1989, 830, 831; NJW 1994, 1278, 1279; Larenz/Wolf (nota 40), § 34 Rn. 22; Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, p. 43.

43 Ver BVerfGE 91, 346, 358; BVerfG, ZEV 2000, 399; NJW 2001, 141.

44 Ver Hübner (nota 40), S. 277, Rn. 600; Larenz/Wolf (nota 40), § 34 Rn. 24; Medicus, Schuldrecht I, AT, 13. Aufl., 2002, S. 36 f., Rn. 64 ff.

de que ela deveria ser interpretada com base no interesse público⁴⁵, uma vez que, assim segue o argumento, ela poderia servir ao bem-estar geral ou seria o fundamento econômico para a vida da comunidade, como em uma cidade ou um Estado. O direito privado, pois, em sua natureza liberal, deixa em aberto a possibilidade de os indivíduos se colocarem contra os interesses coletivos. Isto pode ser observado de forma especialmente clara no caso da liberdade contratual. No Direito alemão, ela foi, até hoje, apenas em alguns pontos – como no caso das regras sobre monopólio⁴⁶ –, restringida⁴⁷. Permanece, em última instância, o princípio de que cada um escolhe se e com quem um contrato será estabelecido. Não há necessidade de se justificar para tanto (*stat pro ratione voluntas*⁴⁸). Porém, mesmo onde esta liberdade contratual foi restringida, isto se deu para a proteção dos indivíduos e não da coletividade, como no caso da “Lei da Não Discriminação” (*Antidiskriminierungsgesetz*)⁴⁹.

Em certos casos, a decisão individual pode, de fato, coincidir com os interesses coletivos, como quando um município arrecada tributos e se torna um local atrativo para se viver e trabalhar, ou quando ele pode exigir determinadas prestações de serviços em benefício dos indivíduos, como no caso de empresas de construção civil. Uma coincidência entre interesses não é, contudo, garantida. Nos casos de conflitos jurídicos entre decisões individuais e interesses coletivos, observa-se que a legitimação mais convincente da liberdade contratual é aquela do individualismo normativo, pois empresas são legalmente livres para decidir acerca do fechamento de filiais, quando as mesmas não desejam mais produzir em uma determinada cidade ou na Alemanha⁵⁰. Elas não precisam se justificar do ponto de vista legal, segundo o Direito alemão. Pode-se criticar tal decisão do ponto de vista político ou ético, porque, por exemplo, a empresa não levou em conta os interesses individuais de outros afetados (aliás, também esta crítica pode ser justificada sob uma perspectiva individualista-normativa). Todavia, a liberdade contratual estabelecida legalmente dessa forma não encontra supedâneo em interesses coletivos. Em outros termos, a formulação de uma eventual reserva legal comunitária por meio de uma cláusula geral seria algo como: “É nulo o contrato que não corresponda ao interesse do coletivo x”.

45 Ver *The American Law Institute*, Restatement of the Law (Second), Contracts, Rules and Principles, chapter 8, 1981.

46 Ver BGH, GRUR 1979, 788; *Larenz/Wolf* (nota 40), § 34 Rn. 29 ff.; *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 63. Auflage, 2004, Einf. V. § 145 Rn. 8 f mwN; *Nicklisch*, in: JZ 1976, 105 s.

47 *Bydlinski*, in: AcP 180 (1980), 1 ff.; *Kilian*, in: AcP 180 (1980), 47 ff.; *Markert*, in: AG 1991, 288 ff.; *Medicus* (Nota 44), p. 48 s., Rn. 87 ff.; *Reuter*, in: Münch-KommBGB, 4. Auflage, 2001, vor § 21 Rn. 107 ff.; *Oechsler*, in: Staudinger (2003), BGB, 2003, § 826 Rn. 429 ff.

48 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, 1992 S. 6.

49 Acerca disso: *Säcker*, in: ZRP 2002, 286; *Picker*, in: German Law Journal 4 (2003), 771, 779; *Armbrüster*, in: ZRP 2005, 41; *Mahlmann*, in: ZeuS 2002, 407.

50 Ver § 15 Abs. 4 Kündigungsschutzgesetz (KSchG).

Além disso, o ordenamento jurídico limita o conteúdo do contrato mais do que a liberdade de celebração de contratos⁵¹. Muitas regras jurídicas cogentes prescrevem qual conteúdo deve possuir um contrato a ser celebrado ou sob quais condições ele pode produzir efeitos. Em um primeiro momento, não é claro sob quais fundamentos uma norma pode restringir a autonomia privada. Neste caso, a interpretação individualista-normativa da liberdade de conteúdo do contrato se torna difícil. Quando se passa, contudo, a investigar mais profundamente tais restrições, observa-se que o direito legal pode ser justificado, na maioria dos casos, por meio de interesses individuais claros e diretos dos afetados⁵², como quando se garante ao consumidor o direito de devolução do produto comprado por telefone ou Internet dentro de um certo prazo, §§ 312 d, 355 BGB, protegendo-o, assim, por exemplo, contra as obrigações resultantes de informações alegadas mas não comprováveis; ou quando se limita a capacidade de celebrar contratos a pessoas com capacidade de discernimento reduzido, §§ 104 n. 2, 105 BGB. É possível criticar estas normas de caráter cogente e asseverar que o direito do consumidor, dessa forma, vai mais longe do que o necessário, uma vez que tutela de forma muito intensa o consumidor e prejudica novas empresas sem uma rede de vendas estabelecida. Porém, mesmo esta crítica não coloca em questão que a intenção das normas existentes é a de proteger os indivíduos e, portanto, o direito privado é individualista-normativo.

Isso se torna mais claro quando se tenta interpretar de outra forma as limitações existentes ao conteúdo contratual. Observa-se: não existem limitações da liberdade contratual que não se deixam legitimar por meio da referência a outras pessoas como interesses individuais, pois os limites da liberdade contratual não subsistem apenas quando os interesses dos indivíduos são tocados, mas também quando os interesses da coletividade exigem uma solução, a qual se contrapõe ao direito cogente. Um consumidor possui, por exemplo, também o direito de devolução no caso de um produto caro, mesmo que isso cause a insolvência do vendedor, o qual, porventura, contribui para o bem-estar de uma determinada coletividade por meio da oferta de trabalho e do pagamento de tributos⁵³. Em suas condições gerais de contrato, as empresas não podem empregar quaisquer cláusulas surpreendentes, mesmo que as mesmas, por exemplo, suportem um hospital público ou cumpram importantes funções sociais, § 305 c 1 BGB. No caso desta justificação, é necessário se basear também nos interesses dos indivíduos. Caso o direito imponha ao indivíduo uma responsabilidade pelo seu agir, como, por exemplo, no campo da responsabilidade pré-

51 Em casos excepcionais, pode ocorrer um controle de conteúdo do contrato: *Coester-Waltjen*, Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG, AcP 190 (1990), 1 ff.; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, p. 79 s.

52 Veja acerca do caso especial de limitação em razão dos interesses individuais dos afetados: *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 232 ff.

53 §§ 312 b, 312 d, 355 BGB.

-contratual, nos termos do §§ 280, 311 2 BGB, isto pode ser justificado somente por meio da referência à proteção dos interesses de outros e do interesse dos afetados, em participar das relações jurídicas de forma autônoma⁵⁴.

Fora da área do direito contratual, o direito privado continua marcado pelo individualismo normativo. Isto vale, por exemplo, para a responsabilidade civil. Muitos fundamentos jurídicos da responsabilidade civil por dano, como, por exemplo, §§ 823 1, 824, 825 BGB, como também normas de responsabilidade civil por perigo, como, e.g., §§ 833 BGB, 7, 18 StVG (*Straßenverkehrsgesetz*), protegem exclusivamente bens individuais: a saúde ou a vida dos indivíduos, a sua liberdade e propriedade. Já os bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente ou a reputação de um município, não estão sob proteção, pelo menos nesta área do direito. Também no caso do § 823 2 BGB, cujo bem jurídico individual não é indicado, mas, sim, vinculado a outras normas de proteção abstratas ou, ainda, não concretizadas, a forma individualista-normativa pode ser identificada, pois nem toda norma violada será vista como uma violação de uma proteção legal, mas, sim, apenas aquelas que também visem proteger uma parcela específica e limitada de indivíduos afetados⁵⁵. A questão de quão intenso um indivíduo é protegido por meio de uma norma atua como critério decisivo para a proteção em caso de responsabilidade civil. A responsabilidade civil sempre deve incidir quando os interesses individuais não sejam salvaguardados suficientemente.

A área do direito privado, na qual a discussão acerca dos limites entre teorias individualistas e coletivistas pode ser considerada mais desenvolvida, é o direito societário (*Gesellschaftsrecht*). Enquanto as regras acerca das sociedades de pessoas são determinadas, em grande medida, por meio da questão de como os interesses dos sócios particulares se impõem e de como os conflitos entre os mesmos são resolvidos, torna-se mais difícil justificar as normas válidas, no caso de fundações, associações e sociedades de capital, com referência aos seus fundadores, membros e sócios. No caso da sociedade por ação, extrai-se, por exemplo, do § 76 1 AktG (*Aktiengesetz*) que um grupo diretor irá dirigir a sociedade caso o interesse da empresa ou da sociedade⁵⁶ divirja dos interesses individuais. Não obstante, este interesse da sociedade pode ser reconduzido, via de regra, aos interesses individuais do proprietário, credor ou empregado de uma sociedade⁵⁷. De resto, há ainda normas que limitam a liberdade de fun-

54 Ver: *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, p. 414 s., 431 s. Para uma crítica: *Mayer-Maly* (nota 40), S. 277 ff.

55 BGHZ 22, 293, 297; BGH, NJW 1987, 1818; NJW 1992, 241, 242; NJW 2004, 2664, 2665; *Sprau*, in: Palandt, aaO., § 823 Rn. 57; *Hager*, in: Staudinger, 13. Bearbeitung, 1999, § 823 Rn. G 19 ff.

56 *Hüffer*, AktG, 4. Aufl., 1999, § 76 Rn. 15; *Dimke/Heiser*, in: NZG 2001, 241, 244 f.

57 Acerca disso: *Reuter*, in: MünchKomm, BGB, 4. ed., 2001, vor § 21 Rn. 1 ff.; *Schwarz*, in: Bamberger/Roth, BGB, Bd. 1, 2003, vor § 21 Rn. 2 f.; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 2. Teil, 1983, S. 1-30; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1997, S. 194 s.

dação e forma das pessoas jurídicas, inclusive restringindo possíveis interesses individuais e independentemente de como o seu *status* como pessoa jurídica é expresso⁵⁸. Assim, as normas acerca do empregador do §§ 74 s. BetrVG (*Betriebsverfassungsgesetz*) não se dispõem a realizar os interesses empresariais ou do sindicato dos trabalhadores como coletividades, mas, sim, a proteger os interesses individuais dos empregados que atuam em uma empresa⁵⁹. A obrigação incondicionada de associações registradas de assentar em cartório as suas modificações, conforme §§ 55, 71 ss. BGB, se destina ao controle para fins de utilidade geral, a qual pressupõe, além dos objetivos internos da associação, que interesses externos sejam promovidos, tais como a subvenção de hospitais e o fomento a artistas. O direito societário, portanto, é mais um exemplo de como as limitações da autonomia privada podem ser justificadas, em última instância, com referência aos interesses individuais.

III — A JUSTIFICAÇÃO DO INDIVIDUALISMO NORMATIVO

Depois dessa indicação ilustrativa do individualismo no direito vigente, pode-se questionar acerca da sua justificação jusfilosófica e ético-jurídica. Nesse sentido, é necessário, primeiro, apresentar a estrutura fundante da política, *i.e.*, do político⁶⁰ e, por conseguinte, do direito político legítimo. A primeira e decisiva compreensão consiste em considerar a política, *i.e.*, o político como um “agir”, a dizer, uma intenção, uma intenção de ação⁶¹.

58 Acerca disso: *Reuter*, in: MünchKomm, BGB, 4. Auflage, 2001, vor § 21 Rn. 1 ff.; *Schwarz*, in: Bamberger/Roth, BGB, Bd. 1, 2003, vor § 21 Rn. 2 f.; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 2. Teil, 1983, S. 1-30; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1997, S. 194 ff.

59 Ver *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, BetrVG, 19. Aufl., 1998, § 1 Rn. 158 ff.; *Galperin/Löwisch*, BetrVG, 6. Aufl., 1982, vor § 74 Rn. 2 f; *Wiese*, in: GK-BetrVG, 6. Aufl., 1998, Einl Rn. 49.

60 Alguns autores consideram “o político” como mais abstrato do que “a política”, como, por exemplo, *Vollrath*, Grundlegung einer philosophischen Theorie des Politischen, 1987, p. 29 s. Contudo, esta diferenciação não é explícita de forma clara. Para uma investigação acerca do político em Schmitt: *von der Pfordten*, in: Joerden/Wittmann (Hrsg.), Recht und Politik, 2004, p. 51-73.

61 Os cientistas sociais, influenciados pela teoria dos sistemas, irão, possivelmente, tomar essa caracterização por uma “idealização europeia antiga”. Segundo *Niklas Luhmann* (*Die Politik der Gesellschaft*, 2000, p. 21-25), a intenção não pode ser considerada um fato psíquico determinante. Intenções são, nesse sentido, sempre pressupostos e ficções, que apenas “pontuam” um grande campo de associações e, através disso, estruturam causalidade. As causalidades se perderia no indeterminável, mesmo se houvesse intenções. Nesta toada, seria sempre possível encontrar uma intenção em um contexto causal aberto e infinito. Intenções são, portanto, meras construções sociais. Em oposição a isto, deve-se partir, em conjunto com a corrente predominante na filosofia política, assim como *Max Weber* (*Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. ed., 1985, p. 1 s.) e a tradição das ciências sociais, do fato de que todas as nossas formas de relação social só podem ser compreendidas por meio da diferença entre ação e meros acontecimentos. Nós sempre pressupomos, assim, intenções no sentido de intenções individuais, mesmo que estas sejam, frequentemente, influenciadas socialmente e só possam ser esclarecidas por meio de instrumentos sociais. Casos limites podem existir, nos quais as intenções não são facilmente determináveis. Não obstante, os casos limites não devem desviar o olhar do núcleo. Para o campo nuclear do agir político e jurídico, podem-se identificar intenções por meio da fundamentação em publicações parlamentares, comunicações, manifestações políticas, fundamentações de atos administrativos e decisões, etc. A teoria dos sistemas tenta nos convencer, do ponto de vista da sua pressuposta verdade, que existe um permanente engano na nossa compreensão social. Para tanto, ela precisa se prender a um princípio rígido, do qual o seu porrete da análise reducionista-coletivista dos sistemas pode ser novamente desviado. Este princípio não é, contudo, nítido, pois o social é constituído exatamente e somente

O agir político pode ser caracterizado por meio de três elementos: política consiste, em primeiro lugar, em um agir *formado de forma comunitária*; em segundo lugar, em um agir *representativo*; e, finalmente, este agir reivindica, pelo menos, em determinados casos com perspectiva de sucesso, a *possibilidade de uma decisão final* (uma compreensão fraca de poder)⁶².

No que concerne à questão acerca da fundamentação, o elemento crucial é o segundo, *i.e.*, a representação das pessoas por meio da comunidade política. O que se deve subsumir daí? A questão central para a compreensão de representação aqui estabelecida não é a representação secundária da comunidade política por meio dos seus representantes, mas, sim, a representação primária dos indivíduos através da comunidade política, a qual sustenta a secundária. Por meio da ação política representativa, a ação da comunidade política se coloca no lugar da ação dos indivíduos representados. E isto vale até mesmo para aquelas ações, as quais os indivíduos não poderiam executar, como a guerra de um exército, pois a ação ocorre como representação dos membros do povo. Por um lado, a representação implica um afastamento da execução do agir. Ademais, a própria vontade da execução é, pelo menos, de modo fictício afastada, senão a ação coletiva não poderia ser executada. A representação da ação tem como consequência o nascimento de um hiato entre, de um lado, a execução do agir, assim como da vontade de agir, e, do outro, o interesse de agir, assim como o desejo de agir. Ou seja, enquanto, no caso de uma ação individual natural, de um lado, o interesse de agir, assim como o desejo de agir, e, do outro, a vontade de agir, assim como a execução da ação, estão unidas, isto não ocorre no caso da representação.

A formação da comunidade e a representação possuem, todavia, ainda uma outra consequência fundamental: ela cria uma diferença entre dois grupos diferentes de afetados pela decisão política, a saber: (1) as pessoas em geral, as quais são afetadas pelas decisões da comunidade política, *i.e.*, além dos cidadãos da comunidade política, também os estrangeiros, seja como particulares ou unidos em outros Estados ou comunidades; (2) os membros da comunidade política, normativamente estabelecidos, a saber, os cidadãos do povo (de acordo com o estabelecido no item II 1 b, *supra*, de modo que, no direito vigente, ainda aparecem um terceiro e um quarto grupo de cidadania ativa e de representantes).

por meio da nossa compreensão social do social. Nós não podemos iniciar uma análise social e ético-política senão por meio da nossa compreensão fundamental da diferença entre ação e mero acontecimento. Não por outra razão, *Aristóteles* via "agir" como um dos dez conceitos categoriais, e não "sistema" (Kategorien 1b27, 11b). Para uma crítica da teoria dos sistemas, ver também: *Lepsius*, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, 1999.

62 Ver: von der Pfordten, in: Moulines/Niebergall (Org.), *Argument und Analyse*, 2002, p. 313-335; von der Pfordten (nota 60).

Ante o primeiro grupo de todas as pessoas afetadas, pressupõe-se uma justificação das medidas políticas semelhante a um agir individual, como se não houvesse comunidade política. Para um não membro de uma comunidade política, não pode haver diferença se houve interferência na sua propriedade por uma pessoa privada ou pela ação de um representante de um Estado estrangeiro. Neste caso, existe apenas uma pura representação de fato das pessoas por meio da comunidade política. Ante os cidadãos, no entanto, a comunidade política deve se justificar não apenas pelas ações, as quais foram executadas de fato por ela, mas, igualmente, pela representação formal, a dizer, o agir expresso em nome dos seus membros.

Após esse esboço da estrutura do agir político, um argumento ainda será sugerido para a justificação normativo-individualista. O argumento possui quatro aspectos, os quais se relacionam entre si.

1 AFASTAMENTO DA VONTADE DE AGIR E DA EXECUÇÃO DA AÇÃO

Toda justificação do agir político pressupõe uma justificação para o afastamento da vontade de agir e da execução da ação, resultante do fato da representação política. A justificação do agir político com referência a um coletivo cria somente uma referência da ação política a um coletivo duvidoso, mas não aos indivíduos, os quais são, por trás do coletivo, por meio das suas próprias ações, os derradeiros responsáveis pelas consequências das ações. Visto que somente os indivíduos, em sentido estrito, podem ser atores e que coletivos só podem agir através de seus representantes, o afastamento da vontade de agir e da execução da ação por meio da ação política afeta, em última instância, sempre os indivíduos agentes. Portanto, a justificação precisa se referir também a estes indivíduos, a fim de legitimar o afastamento da vontade de agir e da execução da ação.

2 DISCREPÂNCIA ENTRE A EXECUÇÃO DA AÇÃO E O INTERESSE DE AGIR

O caráter de representação das decisões políticas conduz a uma discrepância entre a execução da ação e o interesse de agir. Uma recondução da execução da ação ao interesse de agir só poderá lograr caso a justificação se refira aos últimos interesses. Coletivos possuem, de fato, também interesses, mas nenhum interesse derradeiro próprio, os quais possam existir independentemente dos interesses dos seus membros. Isto pode ser claramente observado no fato de ninguém protestar ou tomar por problemático do ponto de vista ético quando um coletivo é dissolvido pela vontade de todos os seus membros. Ninguém, por exemplo, fez qualquer observação ética quando a União Soviética ou a Tchecoslováquia se dissolveram. Para a continuidade, quando muito, foram apresentados argumentos finalístico-rationais.

3 REAÇÃO ADEQUADA À EXIGÊNCIA DE FATO DE JUSTIFICAÇÃO

O interesse de agir dos indivíduos se manifesta em uma exigência de fato de justificação. Decerto, os coletivos também podem apresentar exigências de justificação das ações que os atinjam. Todavia, os coletivos o fazem, primeiramente, em última instância, somente em nome dos seus membros, como, por exemplo, uma sociedade por ações para os seus acionistas, uma sociedade limitada para os seus sócios, uma associação para os seus associados. Em segundo lugar, o cumprimento das exigências de justificação do coletivo não seria capaz de assegurar as exigências de justificação dos indivíduos por trás do coletivo.

4 EXCLUSÃO DA COMUNIDADE DE REPRESENTAÇÃO

No campo de uma responsabilidade, como compreendem, explícita ou implicitamente, amiúde, as decisões políticas não podem ser idênticas aquelas que se responsabilizam e aquelas responsabilizadas, senão não se trata de uma verdadeira responsabilização, mas, tão somente, de um propósito, aceito por alguém. Isto significa: afora os casos de autovinculação da comunidade política, as decisões políticas precisam se direcionar a particulares, de modo que elas excluam estes do ato particular de responsabilização por meio da justificação da decisão política por meio da referência à comunidade de todos os cidadãos. Não se pode aceitar que o particular, que está sujeito à ação da polícia, seja, ao mesmo tempo, autor desta ação policial contra ele mesmo.

A justificação de uma responsabilidade individual ante um determinado membro da comunidade política só pode ocorrer se ela o considerar um membro particular que se exclui, pois aquele ato de responsabilização irá integrá-lo novamente à comunidade. Isto pressupõe que o indivíduo se torne indivíduo na forma de sujeito responsável às medidas da comunidade política, *i.e.*, que a justificação da ação concreta, dirigida contra ele, leve em conta os seus desejos, as suas necessidade e os seus interesses e, com isso, seja normativo-individualista.

O resumo é: com base nesses quatro aspectos do argumento, uma decisão política, *i.e.*, jurídica, só pode ser justificada de forma normativo-individualista. Isto significa: uma decisão política e jurídica só é, então, legítima se ela leva em conta o interesse de todos os afetados pela decisão. Nesse sentido, os níveis 1-3 compreendem tanto a justificação ante os membros, como não membros da comunidade política. O nível 4, ao revés, compreende somente a justificação de um agir da comunidade política ante os membros, pois, neste caso, apenas estes poderiam ser afetados pela exclusão da comunidade.

A única possível justificação imanente do domínio político e jurídico é a do individualismo normativo. Penso que esta posição foi desenvolvida – com ressalvas e momentos retardados – na linha de *Hobbes a Locke, Mill, Kant*,

Humboldt até *Rawls* e outros teóricos do presente⁶³. Naturalmente, sempre houve projetos contrários. Elementos e tendências coletivistas estão, por exemplo, presentes nas teorias de *Hegel*⁶⁴ e *Carl Schmitt*⁶⁵, assim como, mais recentemente, em alguns defensores do comunitarismo, embora seja necessário, conforme já assinalado, diferenciar: o individualismo normativo exclui um estrito comunitarismo teórico⁶⁶, o qual tem os coletivos como substâncias ou entidades com valor próprio. Um comunitarismo moderado e orientado de maneira prática, o qual propõe um apoio intenso a comunidades humanas, como os casais, a família, a vizinhança ou a igreja, em interesse dos indivíduos, pode se fundamentar, sem maiores problemas, no próprio individualismo normativo. Não obstante, decisivo é: somente os seres humanos particulares são a última fonte de legitimação e objetivo derradeiro.

REFERÊNCIAS

- ANTONI, Michael. Art. 20, Rn. 7. In: Dieter Hömig/Karl-Heinz Seifert. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG)*. 7. ed. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- APEL, Karl-Otto. *Transformation der Philosophie II*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1973.
- ARISTÓTELES. *Die Kategorien*. Deutsch/Griechisch. Stuttgart: Reclam, 1998.
- ARMBRÜSTER, Christian. Antidiskriminierungsgesetz. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 2, p. 41-43, 2005.
- ARROW, Kenneth. *Social Choice and Individual Values*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1963.
- AUER, Marietta. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Principles of Biomedical Ethics*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- BENTHAM, Jeremy. *The Principles of Morals and Legislation*. Buffalo: Prometheus Books, 1988.

63 Ver: von der Pfordten, Rechtsethik (nota 2), p. 244 s.

64 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Werke Bd. 7, 1970, § 258, p. 399: "[...] visto que ele é o espírito objetivo, assim o indivíduo mesmo tem apenas objetividade, verdade e eticidade, enquanto é um membro dele. A união enquanto tal é, ela mesma, o conteúdo verdadeiro e o fim, e a determinação dos indivíduos é levar uma vida universal".

65 *Schmitt*, Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, 1917, p. 85: "[...] a perspectiva acerca do Estado como instância supraindividual e não interindividual, a qual não recebe a sua dignidade pelo mero levantar do escudo dos indivíduos [...] Através do reconhecimento de uma dignidade supraindividual do Estado [...] desaparece o indivíduo particular concreto [...] O Estado é [...] o único sujeito do ethos jurídico". *Schmitt*, Verfassungslehre, 8. ed., 1993, p. 238: "O povo como um todo deve ser o sujeito do poder constituinte".

66 Normalmente, é difícil diferenciar se uma teoria comunitarista pertence a um grupo ou a outro, porquanto quase nenhum dos seus defensores se vinculou abertamente ao coletivismo normativo.

BRUGGER, Winfried. Kommunitarismus als Sozialtheorie und Verfassungstheorie des Grundgesetzes. *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, v. 1, p. 3-15, 2003.

_____. Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 123, p. 337-374, 1998.

BRYDE, Bruno-Otto. Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe. In: Redaktion Kritische Justiz (Org.). *Demokratie und Grundgesetz*. Baden-Baden: Nomos, 2000.

BYDLINGSKI, Franz. Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges. *Archiv für civilistische Praxis (AcP)*, v. 180, p. 1-46, 1980.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Demokratie als Verfassungsprinzip. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR)*. Verfassungsstaat. 3. ed. Heidelberg: Müller, t. 2, 2004.

_____. Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In: *Der Staat*, v. 29, p. 4 ss., 1990.

_____. *Vom Wandel des Menschenbildes im Recht*. Münster: Rhema, 2001.

BRUGGER, Winfried. *Demokratie, Freiheit, Gleichheit*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

_____. *Einführung in das öffentliche Recht der USA*. 2. ed. Munique: Beck, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. Munique: Beck, 1971.

CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001.

COESTER-WALTJEN, Dagmar. Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG. *Archiv für civilistische Praxis*, 190, Heft 1, p. 1-33, 1990.

DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht I*. 20. ed. Heidelberg: Müller, 2004.

DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

DIMKE, Andreas; HEISER, Kristian. Neutralitätspflicht, Übernahmegesetz und Richtlinienvorschlag. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Heft 6, p. 241-259, 2001.

DREIER, Horst. *Grundgesetz (GG)*. Band 1. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

DÜRIG, Günter. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: Theodor von Maunz (Org.). *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*: Festschrift für Hans Nawiasky. Munique: Isar.-Verl., 1956.

_____. Art. 1, I. In: Theodor Maunz/Günter Dürig. *Grundgesetz (GG)*. Munique: Beck, v. 42, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977.

- EHLERS, Dirk. § 1 IV 1, nota 28. In: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Org.). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 12. ed. Berlim: de Gruyter, 2002.
- ENDERLEIN, Wolfgang. *Rechtsparternalismus und Vertragsrecht*. Munique: Beck, 1996.
- FASTRICH, Lorenz. *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*. Munique: Beck, 1992.
- FEINBERG, Joel. *Harm to Self: the moral limits of criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- FELDKAMP, Michael. *Der parlamentarische Rat und das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 1948 bis 1949*. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.
- FITTING, Karl u. a. *Betriebsverfassungsgesetz*. 19. ed. Munique: Vahlen, 1998.
- FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 4. ed. Heidelberg: Springer, t. 2, 1992.
- GAUTHIER, David. *Morals by Agreement*. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- GEIßLER, Markus. Die Privatautonomie im Spannungsfeld sozialer Gerechtigkeit. *JuS*, p. 617-623, 1991.
- GERHARDT, Volker. *Individualität: das Element der Welt*. Munique: Beck, 2000.
- _____. *Selbstbestimmung*. Stuttgart: Reclam, 1999.
- GIERGERICH, Thomas. *Privatwirkung der Grundrechte in den USA*. Berlim: Springer, 1992.
- HAGER, Johannes. Grundrechte im Privatrecht. *Juristenzeitung (JZ)*, v. 49, 8, p. 373-383, 1994.
- HASTEDT, Heiner. *Der Wert des Einzelnen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- HATTENHAUER, Hans. *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1983.
- HAVERKATE, Görg. *Verfassungslehre*. Munique: Beck, 1992.
- HAYEK, Friedrich von. *Individualism and Economic Order*. Chicago: Chicago University Press, 1948.
- _____. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1960.
- HÄBERLE, Peter. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR)*, v. 1, 1951.
- HAGER, Johannes. § 823 Rn. G 19. In: J. von Staudinger. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Berlim: De Gruyter, 1999.
- HALTERN, Ulrich. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, v. 83, p. 153 s., 2000.
- HEGEL, G. W. F. *Grundlinien des Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Werke Bd. 7. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1970.

- HEINRICH, Christian. *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.
- HEINRICHS, Helmut. Einf. V. § 145 Rn. 8 f mwN. In: Otto Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch*. 63. ed. Munique: Beck, 2004.
- HENKE, Wilhelm. *Recht und Staat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1988.
- HERDENGEN, Matthias. Art. 1 I, n. 1. In: Theodor Maunz/Günter Dürig. *Grundgesetz (GG)*. Munique: Beck, v. 43, 2005.
- HIRSCHBERG, Lothar. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Göttingen: Schwartz, 1981.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- HOERSTER, Norbert. *Ethik und Interesse*. Stuttgart: Reclam, 2003.
- HOPLAUF, Axel. Einl. nota 93. In: Bruno Schmidt-Bleibtreu u. a. *Kommentar zum Grundgesetz*. 10. ed. Colônia: Carl Heymanns, 2004.
- HÖFFE, Otfried. *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*. Munique: Beck, 1999.
- HÖFLING, Wolfram. Art. 1, 43. In: Michael Sachs (Org.). *Grundgesetz*. 3. ed. Munique: Beck, 2003.
- HÜBNER, Heinz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 2. ed. Berlim: De Gruyter, 1996.
- HÜFFER, Uwe. *Aktiengesetz (AktG)*. 5. ed. Munique: Beck, 2002.
- ISENSEE, Josef. § 15 C III 3, Rn. 7. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR)*. Verfassungsstaat. 3. ed. Heidelberg: Müller, t. 2, 2004.
- JARASS, Hans; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz*. 7. ed. Munique: Beck, 2004.
- KANT, Immanuel. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Hamburgo: Meiner, 1986.
- KILIAN, Wolfgang. Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem. *Archiv für civilistische Praxis*, v. 180, p. 47 s., 1980.
- KOLLER, Peter. Moderne Vertragstheorie und Grundgesetz. In: Winfried Brugger (Org.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 1996.
- KUNIG, Philip. Art. 2, Rn. 29. In: Ingo von Münch/Philip Kunig (Org.). *Grundgesetz (GG)*. 5. ed. Munique: Beck, 2000.
- LARENZ, Karl. WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9. ed. Munique: Beck, 2004.
- LEPSIUS, Oliver. *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*. Tübingen: Mohr, 1999.
- LERCHE, Peter. *Übermaß und Verfassungsrecht*. Colônia: Heymann, 1961.

LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

LÖWISCH, Manfred; GALPERIN, Hans. *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*. 6. ed. Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 1982.

LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.

MAHLMANN, Matthias. Gleichheitsschutz und Privatautonomie. *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, p. 407-425, 2002.

MARKET, Kurt. Privatautonomie und Kontrahierungszwang. *Die Aktiengesellschaft (AG)*, p. 288-295, 1991.

MAURER, Harmut. *Staatsrecht I*. 2. ed. Munique: Beck, 2001.

MAYER-MALY, Theo. Privatautonomie und Selbstverantwortung. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, v. 14, p. 268-283, 1989.

MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 7. ed. Heidelberg: Müller, 1997.

_____. *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*. 13. ed. Munique: Beck, 2002.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: Hackett, 1978.

_____. *Utilitarianism*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

MURSWIEK, Dietrich. Art. 2, Rn. 55. In: Michael Sachs (Org.). *Grundgesetz*. 3. ed. Munique. Beck, 2003.

NICKEL, Rainer. Gleichheit in der Differenz? In: Winfried Brugger (Org.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 1996.

NICKLISCH, Fritz. Der verbandsrechtliche Aufnahmewang und die Inhaltskontrollen satzungsmäßiger Aufnahmevoraussetzungen. *Juristenzeitung (JZ)*, Heft 4, p. 105-113, 1976.

NIDA-RÜMELIN, Julian. *Demokratie als Kooperation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

_____. Demokratie als Kooperation. In: Peter Koller/Klaus Puhl (Org.). *Current issues in political philosophy*. Viena: Hölder-Pichler-Tempsky, p. 261-277, 1997.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.

OECHSLER, Jürgen. § 826 Rn. 429 ff. In: J. von Staudinger. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Berlin: De Gruyter, 2003.

OESTMANN, Peter. Erlaubnisnormen im Mietrecht – ein Prinzipienbruch? In: *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (NZM)*, p. 1 s., 2003.

PATZIG, Günther. *Der Unterschied zwischen subjektiven und objektiven Interessen und seine Bedeutung für die Ethik*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1978.

PAULUS, Christoph; ZENKER, Wolfgang. Grenzen der Privatautonomie. *JuS*, Heft 1, p. 1-8, 2001.

- PETERS. In: Demetrios Constantopoulos/Hans Wehberg. *Festschrift für Rudolf Laun*. Hamburgo: Girardet, 1953.
- PICKER, Eduard. Anti-discrimination as a Program of Private Law? *German Law Journal*, v. 4, n. 8, p. 771 s., 2003.
- REUTER, Dieter. § 21 Rn. 107 ff. In: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 4. ed. Munique: Beck, 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 1992.
- SÄCKER, Franz Jürgen. Vernunft statt Freiheit! Die Tugendrepublik der Jakobiner. *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, Heft 7, p. 286-289, 2002.
- SCANLON, Thomas Michael. *What we owe to each other*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1998.
- SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*. 3. ed. Colônia: Heymanns, 1997.
- SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verantwortungsrecht als Ordnungsidee*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2004.
- _____. Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, v. 116, p. 323-390, 1991.
- SCHMITT, Carl. *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. Tübingen: Mohr, 1917.
- _____. *Verfassungslehre*. 8. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1993.
- SCHNAPP, Friedrich. Art. 20, 2.4, Rn. 18. In: Ingo von Münch/Philip Kunig (Org.). *Grundgesetz (GG)*. 5. ed. Munique: Beck, 2000.
- SCHNEEWIND, Jerome. *The Invention of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- SCHWARZ, Sebastian. § 21 Rn. 2. In: Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Munique: Beck, t. 1, 2003.
- SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. 3. ed. New York: Harvard University Press, 1995.
- SOMMERMAN, Karl-Peter. Art. 20 II. In: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck. *Das Bonner Grundgesetz (GG)*. 4. ed. Munique: Vahlen, t. 2, 2000.
- SPRAU, Hartwig. § 823 Rn. 57 In: Otto Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 63. ed. Munique: Beck, 2004.
- STARCK, Christian. Art. 1 I, N. 1. In: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck. *Das Bonner Grundgesetz: Kommentar*. 4. ed. Munique: Vahlen, t. 1, 1999.
- _____. Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR)*. Verfassungsstaat. Heidelberg: Müller, t. 2, 1987.
- _____. *Vom Grund des Grundgesetzes*. Zurique: Interform, 1979.

- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Munique: Beck, v. 3/1, 1988.
- TRAPP, Rainer. *Nicht-klassischer Utilitarismus*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1988.
- UNRUH, Peter. *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
- _____. *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- VOLLRATH, Ernst. *Grundlegung einer philosophischen Theorie des Politischen*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 1987.
- VON DER PFORDTEN, Dietmar. Normativer Individualismus. *Zeitschrift für philosophische Forschung* (ZfphF), v. 58, 3, p. 322-346, 2004.
- _____. Normativer Individualismus versus normativer Kollektivismus in der politischen Philosophie der Neuzeit. *Zeitschrift für philosophische Forschung* (ZfphF), v. 54, 4, p. 491-513, 2000.
- _____. Politik und Recht als Repräsentation. In: Jan C. Joerden/Roland Wittmann (Org.). *Recht und Politik*. Stuttgart: Steiner, 2004.
- _____. Politisches Handeln. In: Carlos Moulines/Karl Niebergall. *Argument und Analyse*. Münster: Mentis, 2002.
- _____. *Rechtsethik*. Munique: Beck, 2001.
- _____. Rechtsethische Rechtfertigung – material oder prozedural? In: von Schulz (Org.). *Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung*. Stuttgart: Steiner, 2000.
- VON KUTSCHERA, Franz. *Grundlagen der Ethik*. 2. ed. Berlin: de Gruyter, 1999.
- VON MÜNCH, Ingo. Vorb. Art. 1-19. In: Ingo von Münch/Philip Kunig (Org.). *Grundgesetz (GG)*. 5. ed. Munique: Beck, 2000.
- WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. 5. ed. Tübingen: Mohr, 1985.
- WENDT, Rudolf. Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 104, p. 414-474, 1979.
- WIESE, Günther. Einl Rn. 49. In: Günther Wiese u. a. *Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*. 6. ed. Munique: Luchterhand, 1998.
- YI, Zoonil. *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*. Frankfurt am Main: Lang, 1998.